Die Anfechtung der Entscheidung über den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach der Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Rostock

vorgelegt von

Karl Dunkelmann
aus Köln-Deutz

Rostock
Druck: Buchdruckerei M. Steinbacher, Osnabrück

Lq 32

Referent: Professor Dr. W a l s m a n n

Tag der mündlichen Prüfung: 19. 12. 1931.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalts-Verzeichnis.

		Seite
§ 1.	Einleitung.	1
Kapitel I:	**Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.**	2
§ 2.	Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im allgemeinen.	2
§ 3.	Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.	5
§ 4.	Die Entscheidung über den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.	7
Kapitel II:	**Die Anfechtung der Entscheidung über den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.**	9
A) § 5.	Die Anfechtung der Entscheidung über den Antrag auf Wiedereinsetzung im allgemeinen . .	9
	I. Begriff der Anfechtung.	9
	II. Die Vorschrift des § 238 Abs. 2 Halbs. 2	10
	III. Die zulässigen Anfechtungsarten. . . .	12
B)	Die Anfechtung der Entscheidung über den Antrag auf Wiedereinsetzung im einzelnen.	14
§ 6.	Die Zulässigkeit der Anfechtung der Wiedereinsetzungsentscheidung.	14
	I. Allgemeines.	14
	II. Statthaftigkeit der Anfechtung.	14
	1. Die verschiedenen Arten der Wiedereinsetzungsentscheidung.	14
	2. Ist die Erteilung der Wiedereinsetzung anfechtbar?	21
	3. Die Statthaftigkeit der Anfechtung im einzelnen.	25
	III. Begründung der Anfechtung.	32
§ 7.	Das Wiedereinsetzungs-Anfechtungsverfahren . .	37
	I. Allgemeines.	37
	II. Stellung des Wiedereinsetzungs-Anfechtungsverfahrens zum Gesamtverfahren. . .	38
	III. Die tatsächliche und rechtliche Prüfung der Wiedereinsetzungsfrage.	41
§ 8.	Die Beendigung des Wiedereinsetzungs-Anfechtungsverfahrens.	46
	I. Beendigung ohne gerichtliche Entscheidung.	47
	II. Beendigung durch gerichtliche Entscheidung.	49
§ 9.	Schluß.	56

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552721_0117

Literatur-Verzeichnis.

Barazetti: Die Rechtmittel der Berufung und der Beschwerde nach der deutschen Reichscivilprozeßordnung. 1882.

Barella: Die Glaubhaftmachung nach der deutschen Zivilprozeßordnung. Heidelberger Dissertation 1914.

Baumbach: Zivilprozeßordnung. 6. Aufl. 1931.

Buder: Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach der Reichszivilverordnung. Tübinger Dissertation 1902.

Bunsen: Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts. 1900.
Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auf Grund des § 213 der Civilprozeßordnung. ZZP. 5/249—261.

Canstein: Grundlagen des Kontumacialrechts. ZZP. 16/1—129.

Engelmann: Der Zivilprozeß. Geschichte und System. 1889/1901.

Entwurf einer Zivilprozeßordnung, veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium. 1931.

Fischer: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeß- und Konkursrechts. 1918.

Fitting, Der Reichs-Civilprozeß. 12. u. 13. Aufl. 1907.

Förster-Kann: Zivilprozeßordnung. 3. Aufl. 1913/26.

Freudenthal-Sauerländer: Zivilprozeßordnung. 4. Auflage. 1926.

Goldschmidt, Zivilprozeßrecht. 1929.

Hahn: Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen. 2. Band: Materialien zur Civilprozeßordnung. 2. Aufl. 1881.

Heilfron-Pick: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts sowie des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit. 3. Aufl. 1921. Nachtrag 1924.

Hellwig: System des Deutschen Zivilprozeßrechts. 1912/19. Vollendet von Oertmann.

Hergenhahn: Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung von Notfristen. Gruch Beitr. 39/332—363.

Kisch: Deutsches Zivilprozeßrecht. 4. Aufl. 1929.

Kleinfeller: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 3. Aufl. 1925.

v. Kries: Die Rechtsmittel des Civilprozesses und des Strafprozesses. 1880.

Kroschel: Die Eidesversäumnis nach den §§ 465 ff. CPO. ZZP. 28/121—138.

Loewenwald: Lehrbuch der Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1903.

Marwitz-Lorenz: Das Urteil in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. 2. Aufl. 1929.

Meyer: Wiedereinsetzung bei Schwurversäumnis. ZZP. 28/311—316.

Neukamp: Handkommentar zur Zivilprozeßordnung. 2. Aufl. 1911.

Neumiller: Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 3. u. 4. Aufl. 1910.

Oertmann: Grundriß des deutschen Zivilprozeßrechts. 4. u. 5. Aufl. 1930.

Petersen-Remelé-Anger: Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 5. Aufl. 1904/06.
Planck: Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts. 1887/96.
Reincke-Wienstein: Die Zivilprozeßordnung. 6. Aufl. 1910.
Rosenberg: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 3. Aufl. 1931.
Schlaeger: Der Begriff des Prozeßgesetzes im § 295 u. 554 Abs. 3, 2b. ZPO. Würzburger Dissertation 1913.
Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts mit Nachtrag zu den Novellen 1909 u. 1910. 2. Aufl. 1906/10.
Schoetensack: Ueber Rechtsmittel und Wiederaufnahmeklagen nach der Deutschen Zivilprozeßordnung. Sonderabdruck aus der Festschrift für Hugo v. Burckhardt. 1910.
Schultzenstein: Zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung von Notfristen. ZZP. 39/1—39.
Sellner: Zivilprozeßordnung. 1928.
v. Seuffert: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 11. Aufl. 1910/11.
Skonietzki-Gelpcke: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 1911/16. Nicht abgeschlossen.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 14. Aufl. 1928/29.
Stein-Juncker: Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts. 3. Aufl. 1928.
Strauß: Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Versäumung der Berufungsfrist (Berufungsbegründungsfrist und Frist des § 519 Abs. 6 ZPO.) beim Oberlandesgericht. JW. 1930/3539.
Struckmann-Koch: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 9. Aufl. 1910.
Sydow-Busch-Krantz: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 20. Aufl. 1930.
Troll: Das Versäumnisurteil nach der Reichscivilprozeßordnung. 1887.
Ude: Ueber die Restitutionsgründe des § 211 ff. der CPO. Gruch Beitr. 29/779—792.
Wach: Vorträge über die Reichs-Civilprozeßordnung. 2. Aufl. 1896.
Walsmann: Die Anschlußberufung. 1928.
Warneyer: Zivilprozeßordnung. 6. Aufl. 1929.
Weismann: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 1903/05
Wilmowski-Levy: Civilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 7. Aufl. 1895.

§ 1. Einleitung.

Ueber Fragen, die die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im deutschen Zivilprozeßrecht betreffen, finden sich nur einige wenige Sonderabhandlungen [1]) älteren Datums vor. Aber auch in ihnen ist der Fragenkomplex über die Anfechtung der Wiedereinsetzungsentscheidung, der Gegenstand dieser Untersuchung, in der Regel überhaupt nicht einmal gestreift. Einzig Buder würdigt in seiner Monographie die hierher gehörigen Fragen einer kurzen aber keineswegs erschöpfenden Betrachtung. Die Lehrbücher und Kommentare der Z. P. O. können entsprechend ihrem auf Darstellung des gesamten Prozeßrechts gerichteten Ziele dieses Sondergebiet nicht voll berücksichtigen. Es liegen somit hinreichende Gründe vor, um eine Sonderdarstellung wie die vorliegende zu rechtfertigen.

Auf die Anfechtung einer Wiedereinsetzungsentscheidung finden in der Hauptsache die Vorschriften Anwendung, die allgemein für die Anfechtung von Entscheidungen gelten. Es kann nun nicht Zweck dieser Untersuchung sein, auch diese sämtlichen allgemeinen Anfechtungsvorschriften hier im einzelnen zu behandeln. Vielmehr wird bezüglich dieser Vorschriften in weitem Umfang eine einfache Bezugnahme auf sie am Platze sein.

Die Darstellung gliedert sich, was den eigentlichen Gegenstand der Untersuchung anbetrifft, in einen allgemeinen (§ 5) und in einen besonderen Teil (§§ 6—8), der im § 6 die Zulässigkeit der Anfechtung, in § 7 das Anfechtungsverfahren und in § 8 die Beendigung des Anfechtigungsverfahrens behandelt. Diesem Hauptteil sind zur Einführung und zur Entwicklung einzelner Grundfragen einige Ausführungen vorangeschickt, die in Anlehnung an den Titel der ganzen Arbeit wie folgt untergeteilt sind: § 2 die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im allgemeinen,

[1]) Buder, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach der Reichszivilprozeßordnung; Bunsen, ZZP. 5/249—261; Canstein, ZZP. 16/129 besonders 111 ff.; Hergenhahn, Gruch Beitr. 39/332 363; H. Meyer, ZZP. 28/311—316; Schultzenstein, ZZP. 39/1—39; Üde, Gruch Beitr. 29/779—792.

§ 3 der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und § 4 die Entscheidung über den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Kapitel I:

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 2. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im allgemeinen.

I. Die allgemeine Folge der Versäumung einer Prozeßhandlung ist der Ausschluß der säumigen Partei mit dieser Handlung (§ 230).[2]) Das Gesetz hat jedoch, von dem Gedanken ausgehend, daß eine Vernichtung von materiellen Rechten durch die Prozeßmaschinerie möglichst zu vermeiden ist, eine Reihe von Möglichkeiten geschaffen, um in geeigneten Fällen die Versäumnisfolge zu beseitigen. Ein solches Mittel ist der Rechtsbehelf der Wiedereinsetzung. Man versteht darunter ein Verfahren, das auf die Beseitigung derjenigen Versäumnisfolgen gerichtet ist, die durch Versäumung einer Notfrist, der Berufungs- und Revisionsbegründungsfrist und der Fristen der §§ 516 Abs. 6, 554 Abs. 7 entstanden sind. Auf einen Antrag des Säumigen hin prüft das Gericht das Vorliegen der vom Gesetz in den §§ 233 Abs. 1 u. 2, 235 normierten Wiedereinsetzungsgründe und erteilt beim Vorliegen der Voraussetzungen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder weist andernfalls den Antrag als unzulässig oder unbegründet ab. Die Folge der Erteilung ist nicht,[3]) wie vielleicht aus der Bezeichnung „Wiedereinsetzung" entnommen werden könnte, daß nunmehr der ganze Prozeß in die Lage zurückversetzt wird, in der er sich vor der Fristversäumung befand, daß also die versäumte Frist von neuem zur Nachholung der Prozeßhandlung eröffnet wird. Dieses ist nicht mehr erforderlich, da die Nachholung der Prozeßhandlung Voraussetzung für die Wiedereinsetzungserteilung ist, also stets vorher vorgenommen sein muß. Die Erteilung der Wiedereinsetzung bewirkt vielmehr nur, daß von nun an die nachgeholte Prozeßhandlung als rechtzeitig gilt.[4])

---

[2]) Paragraphen ohne Zusatz beziehen sich auf die ZPO.

[3]) Wilm Levy § 214 A. 5.

[4]) Stein Jonas, § 233 A. I; Rosenberg § 77 II 4; Baumbach § 233 A. I; Heilfron Band I § 67 C IIIbl; Kleinfeller § 128 VI; Schultzenstein ZZP. 39/3.

II. Die Wiedereinsetzung nach der ZPO. ist nur möglich gegen die Versäumung von bestimmten Fristen (§ 233). Es besteht also keine Möglichkeit, die Versäumnisfolgen, die durch Versäumnis eines Termins entstehen, durch Wiedereinsetzung abzuwenden.[5]) Eine Frist ist versäumt, wenn die Prozeßhandlung nicht rechtzeitig vorgenommen worden ist, sei es, daß sich die Partei innerhalb der Frist überhaupt nicht betätigt hat, sei es, daß sie zwar gehandelt hat, diese Handlung aber unwirksam ist.[6]) Ist die Prozeßhandlung nur unvollständig vorgenommen, reicht sie aber doch aus, um die Frist zu wahren, es ist z. B. in der Revisionsbegründung nur ein Teil der vorhandenen Mängel gerügt, so kann nicht von einer Versäumung der Frist gesprochen werden. Die Wiedereinsetzung wegen des nicht vorgenommenen Teils ist daher unzulässig.[7]) Eine direkte Anwendung der §§ 233 ff. ist unmöglich, für eine analoge liegt kein Anlaß vor.

Die Wiedereinsetzung ist einmal zulässig gegen die Versäumung von Notfristen. Notfristen sind nach § 223 Abs. 3 diejenigen Fristen, welche in diesem Gesetz als solche bezeichnet sind. Es sind dies die Fristen zur Erhebung der Erinnerung im Kostenfestsetzungsverfahren (§§ 104, 107), zur Einlegung des Einspruchs (§ 339 Abs. 1), zur Stellung des Antrags auf nachträgliche Eidesabnahme (§ 466), zur Einlegung der Berufung (§ 516), der Revision (§ 552), der sofortigen Beschwerde (§ 577), zur Erhebung der Wiederaufnahmeklagen (§ 586), zur Erhebung der Anfechtungsklage im Aufgebotsverfahren (§ 958), — abgesehen aber von der Anfechtungsklage gegen das eine Todeserklärung aussprechende Ausschlußurteil (§ 976 Abs. 1), — zur Einlegung des Widerspruchs im schiedsgerichtlichen Vollstreckungsverfahren (§§ 1042 d Abs. 1, 1044 a Abs. 3) und die Frist zur Erhebung der Aufhebungsklage nach den §§ 1043 Abs. 2, 1044 Abs. 4. Außerhalb der ZPO. finden sich, abgesehen von den verfahrensrechtlich Gesetzen, die nach der ZPO. orientiert sind, wie z. B. das Arbeitsgerichtsgesetz und das Gesetz über Mieterschutz und Mietseinigungsämter, Notfristen in den §§ 111 und 114 Abs. 2 Gen. G. und in den §§ 358 Abs. 3, 413 Abs. 2, 705

---

[5]) Stein Jonas, § 233 A. I; Rosenberg § 77 II 1; Baumbach § 233 A. I; Heilfron Band I § 67 Nr. 6; Oertmann § 82 Nr. 3; Skon Gelpke § 233 A. III.

[6]) Skon Gelpke §§ 233 A. IV, 235 A. I.

[7]) RG. 121/5f. = HRR. 1928/1357 = Recht 1928/286.

Abs. 3 RVO. Diese Notfristen sind entsprechend der Beschränkung der Untersuchung auf die ZPO. hier nicht zu berücksichtigen.

Weiter ist die Wiedereinsetzung kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung möglich gegen die Versäumung der Berufungs- und Revisionsbegründungsfrist und der Fristen zum Nachweis der Gebührenzahlung in der Berufungs- und Revisionsinstanz (§§ 519 Abs. 6, 554 Abs. 7). Wegen Wesensgleichheit der Frist zur Einlegung der Anschlußrevision (§ 556 Abs. 1) mit den in § 233 aufgeführten Fristen ist auch gegen ihre Versäumung die Wiedereinsetzung zulässig. [8]) Die Anschlußberufung kann im Gegensatz zur Anschlußrevision erfolgen, solange das Verfahren über die Berufung noch nicht beendet ist. Daher taucht hier die Frage der Wiedereinsetzung nicht auf. Dagegen besteht für die Einreichung der Begründung einer Anschlußberufung, die vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist eingelegt worden ist, eine bestimmte Frist (§ 522 a, Abs. 2), gegen deren Versäumung die Wiedereinsetzung auf Grund analoger Anwendung der §§ 233 ff. erteilt werden kann. [9]) Praktisch spielt dies allerdings kaum eine Rolle, da die Praxis anstelle des umständlicheren Wiedereinsetzungsverfahrens wohl stets die erneute Einlegung der Anschlußberufung vorziehen wird.

Streitig ist es, ob gegen die Versäumung der Frist des § 207 Abs. 2 die Wiedereinsetzung zulässig ist. Eine Notfrist ist sie nicht, da sie nicht ausdrücklich als solche bezeichnet ist (§ 223 Abs. 3). [10]) Ein Bedürfnis durch analoge Anwendung der §§ 233 ff. die Wiedereinsetzung zuzulassen, besteht nicht. [11]) Ist die Frist nicht innegehalten, so ist damit die Hauptfrist ebenfalls versäumt und es kann gegen die Versäumung dieser Frist, wenn sich die Innehaltung der Frist des § 207 Abs. 2 als unabwendbarer Zufall darstellt, die Wiedereinsetzung verlangt werden. [12]) Wenn das

[8]) Stein Jonas § 556 A. I; Rosenberg §§ 77 II 1, 146 VI. 1; Baumbach § 556 A. II; Först Kan. § 556 A. 2h.

[9]) Rosenberg § 142 II 1b; Walsmann Anschlußberufung S. 201 f.

[10]) A. M.: RG. 63/413 ff.; Baumbach § 207 A. 5; Freudenthal § 223 A. 6; Sellner § 207 A. 9; Sydow Busch § 207 A. 8; Warneyer § 207 A. 1.

[11]) Für Anwendung der Paragraphen 233 ff.· Hellwig System § 165 IV 3b; Först Kan. 207 A. 3a cc ; Neumüller § 207; StrKoch § 207 A. 2.

[12]) Stein Jonas § 207 A. III 3; Neukamp § 207 A. 3; Seuffert § 207 A. 2c

Schriftstück dem Urkundsbeamten bereits am dritten Tage vor Ablauf der Notfrist oder früher übergeben worden ist, besteht bei Versäumung der Frist des § 207 Abs. 2 auch die Möglichkeit einer Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Hauptfrist nach § 235.

§ 3. Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

I. Zur Einleitung des Wiedereinsetzungsverfahrens ist ein Antrag des Säumigen erforderlich. Dieser Antrag braucht nicht mit ausdrücklichen Worten das Begehren um Wiedereinsetzung enthalten. Es genügt, daß sich aus dem Verhalten des Säumigen gegenüber dem Gericht ein solches Begehren entnehmen läßt.[13]) Das Reichsgericht ist in dieser Beziehung besonders weitherzig, indem es z. B. bei Versäumnis einer Rechtsmittelfrist die nachträglichen Einreichung der Rechtsmittelsschrift, in der die Wiedereinsetzungstatsachen dargelegt sind, genügen läßt.[14]) Dieser weiten Auslegung des Begriffs „Antrag" ist voll und ganz zuzustimmen. Die übrigen Voraussetzungen der Wiedereinsetzung sind bereits scharf genug, so daß sie nicht noch durch formalistische Rechtsanwendung weiter erschwert zu werden brauchen.

Ein Antrag auf Wiedereinsetzung liegt jedoch nur vor, falls er sich auch wirklich gegen die Versäumung von Fristen richtet, gegen die eine Wiedereinsetzung zulässig ist. Ist ein Antrag, der eine andere Frist z. B. die Frist des § 234 Abs. 1 betrifft, ausdrücklich als Wiedereinsetzungsantrag bezeichnet, so fällt er durch diese Ausdrucksweise doch nicht unter den Begriff des Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Sinne der §§ 233 ff. Es findet daher auf ihn auch nicht die Vorschrift des § 238 Anwendung. Die bloße Bezeichnung durch die Partei kann unmöglich die Wirkung haben, einen sachlich andersartigen Antrag unter die Vorschriften zu stellen, die für den wirklichen Wiedereinsetzungsantrag gelten.

II. Damit über die Frage, ob gesetzlich anerkannte Behinderungsgründe vorliegen, also ob der Antrag begründet ist, eine Entscheidung ergehen kann, muß der Antrag,

---

[13]) RG. 125/58 ff.; Stein Jonas § 236 A. III; Rosenberg § 77 II 3a γ, Baumbach § 236 A. 1; Sydow Busch § 236 A. 2; Warneyer § 236 A. 5.

[14]) RG. in Recht 1915/1836 = Soergel 16/472.

abgesehen von den Voraussetzungen jeder Prozeßhandlung, noch gewissen besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen genügen. Nicht hierunter, das sei vorweg genommen, gehört, daß über die Prozeßhandlung noch nicht entschieden sein darf. Auch wenn sie wegen der Fristversäumung bereits als unzulässig verworfen worden ist, ist eine Wiedereinsetzung möglich.[15]) Als besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen sind anzuführen: Der Antrag muß von der säumigen Partei oder seinem Nebenintervenienten[16]) (§ 67) gestellt sein, nicht von der Gegenpartei; er muß bei dem zuständigen Gericht eingelegt sein; zuständig ist das Gericht, dem die Entscheidung über die nachgeholte Prozeßhandlung zusteht (§ 237), selbst wenn die Prozeßhandlung bereits von ihm verworfen worden ist.[17]) Ist also z. B. die Frist für die Einlegung der sofortigen Beschwerde versäumt, so ist zur Entscheidung über das Wiedereinsetzungsgesuch das Beschwerdegericht, nicht das Gericht für die weitere Beschwerde zuständig.[18]) Nur im Falle des § 466 besteht eine Ausnahme. Der Antrag auf Wiedereinsetzung ist, wenn die Eidesabnahme vor einem ersuchten oder beauftragten Richter stattfinden sollte, nicht bei ihm, sondern beim Prozeßgericht zu stellen (§ 236 Abs. 2). Weitere Zulässigkeitsvoraussetzung für den Antrag ist, daß er innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist erhoben worden und daß nicht auf das Wiedereinsetzungsrecht verzichtet ist. Die Frist beträgt in der Regel 2 Wochen, die mit dem Tage, an welchem das Hindernis behoben ist, beginnt, aber spätestens 1 Jahr nach dem Ende der versäumten Frist endet (§ 234). Bei den Wiedereinsetzungsgründen des § 235 beträgt sie 1 Monat seit Ablauf der versäumten Notfrist, verlängert sich jedoch in gewissen Fällen nach § 236 Abs. 3. Die Form des Antrags ist diejenige der versäumten Prozeßhandlung (§ 236 Abs. 1 S. 1). Sehr scharfe Bestimmungen bestehen für den Inhalt des Antrags (§ 236 Abs. 1 Nr. 1—3). Wenn auch in mehreren Schriftsätzen,[19]) so müssen doch bis zum Ende der Wiedereinsetzungsfrist, ohne daß

[15]) RG. in Recht 1917/1694; RG. in Recht 1922/1721; RG. in Recht 1928/668 = HRR. 1928, Nr. 1938.

[16]) Skon Gelpke § 233 A. 1.

[17]) RG. in JW. 1931/1808 Nr. 16; Först Kan. § 237.

[18]) RG. 42/367 f.; Stein Jonas § 236 A. II; Buder 52 A. 82; Petersen § 237 Skon Gelpcke §§ 236 A. 2, 237 A. 1; Sydow Busch § 237 A. 1; Warneyer § 237.

[19]) RG. 119/86 ff. = HRR. 1928/69 = Recht 1927/767; RG. in Recht 1926/738; Rosenberg § 77 II 3 a β; Baumbach § 236 A. 2. A.

in der Regel spätere Ergänzungen möglich sind, dem Gerichte die die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen und die Mittel für ihre Glaubhaftmachung mitgeteilt sein. Nicht erforderlich ist dagegen innerhalb der Frist die Glaubhaftmachung selbst.[20]) Schließlich muß der Antrag die ordnungsmäßige[21]) Nachholung der versäumten Prozeßhandlung oder bei bereits erfolgter Nachholung die Bezugnahme hierauf enthalten.

III. Das Gesetz spricht zwar im § 238 Abs. 2 S. 1 nur von Zulässigkeit des Antrages. Dies ist zu eng. Nur diejenigen Voraussetzungen, von denen das Gesetz ein zulässiges Wiedereinsetzungsverfahren abhängig macht, deren Bedeutung sich also darauf beschränkt, daß sie die Formen schaffen, in denen sich die Prüfung der Wiedereinsetzungsgründe abspielt, sind die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Wiedereinsetzungsantrags. Die übrigen bedingen seine Begründetheit.[22]) Sie werden vom Gesetz in den §§ 233, Abs. 1 u. 2, 235 Abs. 1 als drei verschiedene Tatbestände normiert: Entweder muß die Partei durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle an der Innehaltung der Fristen verhindert worden sein, eine sehr scharfe Bestimmung, oder sie muß die Einspruchsfrist versäumt haben, weil sie von der Zustellung des Versäumnisurteils ohne ihr Verschulden keine Kenntnis erlangt hatte, oder sie muß eine Notfrist versäumt haben, obwohl sie spätestens am 3. Tage vor Ablauf der Notfrist das zur Wahrung derselben zuzustellende Schriftstück dem Gerichtsvollzieher oder dem Urkundsbeamten zum Zwecke der Zustellung übergeben hat.

§ 4. Die Entscheidung über den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

I. Die Entscheidung über den Antrag auf Wiedereinsetzung kann auf Erteilung der Wiedereinsetzung oder auf Ablehnung des Antrags als unzulässig oder unbegründet lauten,[23]) je nachdem die im vorigen Paragraphen behandelten Voraussetzungen für die Zulässigkeit und Begründetheit der Wiedereinsetzung vorliegen oder fehlen. Bei

[20]) RG. in JW. 1924/1986 Nr. 18; Stein Jonas § 236 A. III zu Nr. 2; Rosenberg § 77 II 3aβ; Baumbach 236 A. 2 B.; Skon Gelpcke § 236 A. 5.

[21]) Baumbach § 233 A. 1; Petersen § 236 A. 3.

[22]) RG. in Recht 1908/1835 = Soergel 9/484; Rosenberg § 77 besonders II 3bβ; Goldschmidt § 37 Nr. 4.

[23]) Kleinfeller § 128 III.

Gewährung der Wiedereinsetzung liegt eine gestaltende, bei Ablehnung eine feststellende Entscheidung vor. Keine Entscheidung über das in dem Antrag gestellte Wiedereinsetzungsbegehren ist dagegen vorhanden, wenn der Vorsitzende die Bestimmung eines Termins zur obligatorischen mündlichen Verhandlung über den Wiedereinsetzungsantrag ablehnt; desgl. nicht, wenn die Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag auf Grund des § 335 verweigert wird. Hier wird nur der Antrag auf Erlaß eines Versäumnisurteils oder einer Entscheidung nach Lage der Akten zurückgewiesen,[24]) dort wird der in dem Wiedereinsetzungsantrag enthaltene[25]) Antrag auf Terminsbestimmung abgelehnt, ohne daß in beiden Fällen über die Zulässigkeit und Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrages erkannt wird.

Die Wiedereinsetzungsentscheidung braucht nicht ausdrücklich die Worte zu enthalten: die Wiedereinsetzung wird erteilt oder der Antrag wird abgelehnt. Eine solche Forderung würde unzweckmäßiger Formalismus sein. Es genügt, wenn die Auslegung einer verkündeten oder zugestellten Entscheidung ergibt, daß auch über den Wiedereinsetzungsantrag mit entschieden ist.[26]) Dies ist z. B. der Fall, wenn in den Gründen eines Endurteils in Bezug auf den Einspruch ausgeführt wird, die Partei habe glaubhaft gemacht, daß sie durch einen unabwendbaren Zufall verhindert worden sei, daher sei der Einspruch als rechtzeitig eingelegt anzusehen. Nicht aber würde es ausreichen, wenn das Gericht den verspätet eingelegten Einspruch für zulässig erklären würde, ohne daß sich aus der Entscheidung selbst irgend etwas über eine Wiedereinsetzungsentscheidung entnehmen ließe.

II. Eine vollständige Entscheidung enthält neben dem in die Entscheidungsformel gefaßten Ausspruch eine Reihe von Unterentscheidungen, deren Gegenstand einzelne Streitpunkte aus dem gesamten Fragenkomplex bilden. Diese Entscheidungen liefern die Begründung der Hauptentscheidung. Ihr Zweck erschöpft sich darin, die Grundlagen für die Lösung der Hauptfrage zu schaffen. Sie finden sich daher auch regelmäßig in dem als Entscheidungsgründe bezeichneten Teil der Entscheidung. Aus Zweckmäßigkeitsgründen werden sie jedoch auch häufig an anderen Stellen

[24]) Stein Jonas § 335 A. I 4; Rosenberg § 106 III 2b.
[25]) Stein Jonas vor § 128 A. IV 3.
[26]) Planck § 78 III.

gebracht, z. B. in der Entscheidungsformel neben der Hauptentscheidung, oder bei Urteilen, in dem als Tatbestand bezeichneten Abschnitt, ohne natürlich hierdurch ihren untergeordneten Charakter zu verlieren.

Dies auf die Wiedereinsetzungsentscheidung angewandt, ergibt, daß sie sowohl als Haupt- wie auch als Unterentscheidung ergehen kann. Stellen sich die sämtlichen übrigen in der Entscheidung gelösten Fragen, z. B. ob ein unabwendbarer Zufall vorliegt, ob der Antrag frist- und formgerecht gestellt ist, als Unterfragen des Ausspruchs über die Wiedereinsetzung dar, so bildet dieser die Hauptentscheidung. Anders ist es, wenn sich die Wiedereinsetzungsentscheidung nur als Lösung einer Unterfrage für die weiter in demselben Urteil oder Beschluß entschiedene Hauptfrage darstellt, einerlei, ob die Wiedereinsetzungsentscheidung sich in der Formel,[27]) in den Gründen oder sonstwo in der Hauptentscheidung befindet. Die Nichtigkeitsklage wird z. B. wegen Versäumung der Notfrist des § 586 als unzulässig verworfen. In den Gründen findet sich der Ausspruch, daß der Antrag auf Wiedereinsetzung abgelehnt ist. Die Wiedereinsetzungsentscheidung ist hier nur eine Unterentscheidung. Dasselbe gilt, wenn in einer Entscheidung die Berufung und der Antrag auf Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Berufungsfrist verworfen werden. Die Wiedereinsetzungsentscheidung gibt hier nur die Lösung einer Vorfrage für die weitergehende Hauptfrage: ist die Berufung zulässig.[28]) Gerade hier finden sich häufig beide Entscheidungen nebeneinander in der Urteilsformel aufgeführt: die Berufung wird unter Ablehnung des Wiedereinsetzungsantrages als unzulässig verworfen. Es handelt sich aber auch hier nicht um eine neben der Hauptentscheidung stehende, denselben Charakter wie diese tragende Wiedereinsetzungsentscheidung, sondern um eine Unterentscheidung.

Kapitel II:

Die Anfechtung der Entscheidung über den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

A) § 5. Die Anfechtung der Entscheidung über den Antrag auf Wiedereinsetzung in allgemeinen.

I. Den von einer Entscheidung betroffenen Personen ist in gewissen Fällen vom Gesetz das Recht verliehen, ein

[27]) Marwitz 223.
[28]) Reincke § 237/8.

Verfahren, das die Nachprüfung der Entscheidung zum Gegenstand hat, ingang zu setzen. [29]) Die ein solches Verfahren einleitende Parteitätigkeit wird als Anfechtung bezeichnet. Neben dieser Bedeutung des Begriffs Anfechtung gibt es eine andere, die in dieser Untersuchung zugrunde gelegt ist. Die Anfechtung bedeutet hier das gesamte Anfechtungsverfahren, also die prozessuale Tätigkeit des Gerichts und der Parteien, die auf eine Anfechtung im ersterwähnten Sinne hin stattfindet.

Zum Begriff der Anfechtung gehört nicht, daß die Einleitung des Anfechtungsverfahrens bezweckt war. Es wird z. B. ein Endurteil mit der Berufung angefochten. Hierdurch werden zwangsläufig, auch ohne daß dieses vom Anfechtenden bezweckt war, Anfechtungsverfahren über die Unterentscheidungen eröffnet, sei es, daß sie in einem besonderen aber nicht selbständig anfechtbaren Zwischenurteil oder in den Gründen des Endurteils enthalten sind. Diese Anfechtung, die durch die Anfechtung der Hauptentscheidung vermittelt wird, wird als mittelbare [30]) oder unselbständige [31]) Anfechtung bezeichnet.

II. Die ZPO. hat für die Anfechtung der Wiedereinsetzungsentscheidung in § 238 Abs. 2 Halbs. 2 die allgemeine Regel aufgestellt: Auf die Anfechtung der Entscheidung über die Zulässigkeit des Antrages auf Wiedereinsetzung finden die Vorschriften Anwendung, welche in dieser Beziehung für die nachgeholte Prozeßhandlung gelten.

Das Anwendungsgebiet der Vorschrift wird einmal durch ausdrückliche Wiedereinsetzungsvorschriften eingeengt, wie z. B. durch § 238 Abs. 2 S. 2, der dem säumigen Antragsteller den Einspruch gegen ein gegen ihn erlassenes Versäumnisurteil versagt. Weiter wird aber ihr tatsächliches Anwendungsgebiet dadurch fast vollkommen eingeschränkt, daß die Bestimmung insoweit bedeutungslos ist, als die Anfechtung der Entscheidung über die nachgeholte Prozeßhandlung sich nach allgemeinen Regeln bestimmt. Unter diese allgemeinen Vorschriften kann die Wiedereinsetzungsentscheidung auch ohne den Umweg über § 238 Abs. 2 Halbs. 2 eingeordnet werden. Es bleibt die Vorschrift also nur für die wenigen Fälle von Bedeutung, wo besondere Anfechtungsvorschriften für die Entscheidung über

[29]) Engelmann Band III S. 356.
[30]) Först Kan. § 512 A. 1; Weismann § 102 II 1b.
[31]) Kleinfeller § 70 II 3.

die nachgeholte Prozeßhandlung bestehen. Diese Besonderheiten werden durch die Vorschrift auf die Wiedereinsetzungsentscheidung anwendbar gemacht.

Es bestehen gewiß Schwierigkeiten bei der Auslegung des Begriffes „nachgeholte Prozeßhandlung" i. S. des § 238 Abs. 2 Halbsatz 2. Die Praxis setzt hierfür in der Regel ohne jede weitere Begründung, als wenn es sich um eine Selbstverständlichkeit handelte, einfach Berufung, Einspruch, Beschwerde, Wiederaufnahmeklage usw., also kurz das an das Gericht gerichtete Gesuch ein und wendet dann auf die Anfechtung der Wiedereinsetzungsentscheidung folgerichtig die Vorschriften an, die für die Entscheidung über die Zulässigkeit des Gesuches, also z. B. über die Zulässigkeit der Berufung Anwendung finden.[32]) So ohne weiteres läßt sich nun allerdings diese Auslegung nicht vornehmen. Dies zeigt sich am besten bei der Betrachtung eines Wiedereinsetzungsantrages gegen die Versäumung der Berufungs- und Revisionsbegründungsfristen und der Fristen zum Nachweis der Gebührenzahlung in der Berufungs- und Revisionsinstanz. Hier entstehen sofort Bedenken, ob auch hier die Berufung und Revision als die nachgeholten Prozeßhandlungen anzusehen sind, und wenn man sich an eine strenge Wortinterpretation hält, so spricht mehr dafür, dies zu verneinen. Dementsprechend haben dann mehrere obere Gerichte die direkte Anwendung der Vorschriften über die Berufung und Revision in diesen Fällen verneint und nur eine analoge Anwendung für möglich gehalten.[33])

Nun zunächst zur Wortinterpretation. Prozeßhandlung ist, wie sich aus dem zweiten Teil des Wortes ergibt, eine Tätigkeit. Unter diesen Begriff kann aber weder die Berufung noch die Revision, Beschwerde usw. eingeordnet werden, da diese Gesuche nicht selbst eine Tätigkeit darstellen, sondern nur Gegenstand einer solchen, nämlich der Einreichung oder Begründung oder einer sonstigen sich auf das Gesuch beziehenden Tätigkeit sind.[34]) Nie ist das Gesuch selbst die Prozeßhandlung. Es hätten nach dieser Auslegung des Begriffs „Prozeßhandlung" in § 238 Abs. 2

---

[32]) R G. 108/347 ff.; OLG. Düsseldorf in JW. 1925/2344 Nr. 15; OLG. Rostock in Meckl. Z. 1926/440; OLG. Düsseldorf in JW. 1926/852 Nr. 24; KG. in JW. 1927/2637 Nr. 2.

[33]) RG. 108/383 f; OLG. Celle in Recht 1925/322; OLG. Königsberg in JW. 1926/854 Nr. 27; OLG. Breslau in JW. 1926/1602 Nr. 13.

[34]) Sellner § 238 A. 5.

Halbs. 2 auf die Anfechtung einer Wiedereinsetzungsentscheidung z. B. die Vorschriften Anwendung zu finden, die für die Anfechtung einer Entscheidung über die Einlegung oder Begründung einer Berufung gelten. Dies würde aber zur Folge haben, daß die Anwendung des § 238 Abs. 2 Halbs. 2 auch in den wenigen Fällen, in denen überhaupt eine praktische Bedeutung in Frage kommen könnte, ausgeschlossen würde; denn die Besonderheiten bezüglich der Anfechtung knüpfen sich nicht an die stets nur unselbständig anfechtbare Entscheidung über die Zulässigkeit der — um bei dem Beispiel zu bleiben — Berufungs e i n l e g u n g oder Berufungs b e g r ü n d u n g, sondern an die Entscheidung über die Zulässigkeit der B e r u f u n g, für die sich jene Entscheidungen nur als Unterentscheidungen darstellen. Eine sinnvolle Gesetzesauslegung kann aber zu keinem andern Ergebnis führen, als daß das Gesetz die Anfechtungsbesonderheiten der Entscheidung über die Berufung auch auf die Wiedereinsetzungsentscheidungen anwenden will. Dieses Ergebnis wird dadurch erreicht, daß unter „nachgeholter Prozeßhandlung" im Sinne des § 238 Abs. 2 Halbs. 2 in Ausdehnung des Wortsinnes nicht die eigentliche Prozeßhandlung sondern das durch sie g e s t e l l t e oder b e g r ü n d e t e oder sonstwie unmittelbar durch die Prozeßhandlung (Nachweis der Gebührenzahlung) b e e i n f l u ß t e Gesuch verstanden wird. Demnach fallen unter den Begriff der „nachgeholten Prozeßhandlung" bei den 3 Berufungs- und Revisionsfristen die Berufung und Revision und bei den sonstigen Fristen das eingereichte Gesuch, also die Erinnerung, Beschwerde, Wiederaufnahmeklage, Anfechtungsklage, Aufhebungsklage, Anschlußberufung, Anschlußrevision, der Einspruch, der Widerspruch und der Antrag auf nachträglich Abnahme des Eides.

III. Die ZPO. hat zur Anfechtung einer Entscheidung verschiedene Anfechtungsverfahren normiert, z. B. Berufung, Wiederaufnahmeklage, Anfechtungsklage, Einspruch usw. Welches Verfahren im einzelnen Falle Anwendung findet, richtet sich nach der Eigenart der Entscheidung, z. B. ob ein Urteil oder Beschluß, ein kontradiktorisches oder ein Versäumnisurteil, ein Zwischen- oder ein Endurteil, ob eine rechtskräftige oder nicht rechtskräftige Entscheidung usw. angefochten werden soll. Die Wiedereinsetzungsentscheidung kann nur durch einige der vom Gesetz aufgestellten Anfechtungsverfahren angefochten werden und

zwar mittels Berufung, Revision, Beschwerde, Einspruch und Wiederaufnahmeklage. In den anderen Fällen erfüllt sie nicht die Eigenart der Entscheidung, die Voraussetzung für die Anwendung jener Verfahren ist. Es ist z. B. eine Anfechtungsklage, wie sie als Anfechtungsmittel gegen den die Entmündigung aussprechenden Beschluß nach § 664 zugelassen ist, nicht gegen eine Wiedereinsetzungsentscheidung möglich. Eine Wiedereinsetzungsentscheidung kann zwar auch in den Gründen eines Entmündigungsbeschlusses ergehen: die Entmündigung ist abgelehnt worden, hiergegen hat der Antragsteller mit dem Antrag auf Wiedereinsetzung verspätet Beschwerde eingelegt. Von der Beschwerdeinstanz ist die Wiedereinsetzung erteilt und die Entmündigung ausgesprochen worden. Die hierauf angestrengte Anfechtungsklage ergreift nun aber nicht die Wiedereinsetzungsentscheidung, sondern nur diejenigen Fragen, die die sachliche Berechtigung der ausgesprochenen Entmündigung zum Gegenstand haben. Ob die Formalitäten des Beschlußverfahrens ordnungsmäßig durchgeführt sind, ist nunmehr nach Erledigung des Beschlußverfahrens nicht mehr zu prüfen. Aehnlich ist es bei der Anfechtungsklage im Aufgebotsverfahren. Auch das Widerspruchsverfahren nach den 924 ff. und neuerdings den §§ 1042 c f. kann auf eine Wiedereinsetzungsentscheidung keine Anwendung finden. Beim Widerspruch in Arrestsachen ist es überhaupt unmöglich, daß eine Wiedereinsetzungsentscheidung in der das Beschlußverfahren beendenden Entscheidung ergeht. Im schiedsrichterlichen Verfahren ist dies allerdings möglich, und zwar dann, wenn in erster Instanz der Antrag auf Vollstreckbarkeitserklärung abgelehnt wird und darauf vom Beschwerdegericht unter Erteilung der Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Beschwerdefrist der Schiedsspruch für vollstreckbar erklärt wird. Im Widerspruchsverfahren wird darüber entschieden, ob die Vollstreckbarkeitserklärung zu erteilen ist oder nicht. Nicht aber, ob im Vorverfahren, das nunmehr durch ein mit größeren Sicherheiten ausgestattetes Verfahren ersetzt worden ist, Verfahrensmängel vorliegen.

B) Die Anfechtung der Entscheidung über den Antrag auf Wiedereinsetzung im einzelnen.

§ 6. Die Zulässigkeit der Anfechtung der Wiedereinsetzungsentscheidung.

I. Zum Begriff der Anfechtung, wie er im § 5 entwickelt ist, gehört, daß die Einleitung des Verfahrens durch die Tätigkeit einer Partei erfolgt. Die Parteien geben dem Gerichte kund, daß sie eine Entscheidung anfechten wollen. Damit infolge dieser Prozeßhandlung ein zulässiges Anfechtungsverfahren, d. h. ein Verfahren, in dem über die Begründetheit der Anfechtung verhandelt und entschieden werden kann, ingang gesetzt wird, müssen eine Reihe von Zulässigkeitsvoraussetzungen vorliegen. Es sind dies neben den allgemeinen Prozeßvoraussetzungen, die nicht nur bei den Anfechtungsverfahren, sondern bei jedem Verfahren vorliegen müssen, die Statthaftigkeit der Anfechtung, eine frist- und formgerechte Einlegung des Anfechtungsmittels, das Fehlen eines Verzichtes auf das Recht zur Anfechtung und in einigen Fällen eine Begründung der Anfechtung. Während die Anwendung der Vorschriften über die allgemeinen Prozeßvoraussetzungen, über die frist- und formgerechte Einlegung des Anfechtungsmittels und den Verzicht auf das Anfechtungsrecht ohne Schwierigkeiten auf die Anfechtung der Wiedereinsetzungsentscheidung übertragen werden können und darum hier eine einfache Bezugnahme auf diese Vorschriften genügen mag, sind die Statthaftigkeit und die Begründung der Anfechtung einer Wiedereinsetzungsentscheidung näher zu untersuchen.

II. Die Statthaftigkeit der Anfechtung.

Bei der Lösung der Frage, ob und welche Anfechtung bei einer Wiedereinsetzungsentscheidung statthaft ist, ist von der Art der Entscheidung auszugehen, also davon, ob ein Urteil oder Beschluß, ein kontradiktorisches oder ein Versäumnisurteil, eine End- oder Zwischenentscheidung vorliegt. Dementsprechend erfolgt zunächst unter 1) eine Untersuchung der Wiedereinsetzungsentscheidung in dieser Richtung. Unter 2) wird die Frage geprüft, ob die Entscheidung, die die Wiedereinsetzung erteilt, unanfechtbar ist und schließlich wird unter 3) die Statthaftigkeit der Anfechtung im einzelnen untersucht.

1. Urteil oder Beschluß.

Ob ein Urteil oder Beschluß vorliegt, bestimmt sich nicht darnach, wie das erkennende Gericht diese Frage

entscheidet, ob es die Entscheidung als Urteil oder Beschluß bezeichnet, ob es sie in die Form eines Urteils kleidet, sondern darnach, ob die aus dem Gesetz zu entnehmenden Voraussetzungen für die eine oder andere Entscheidungsart vorliegen. Von einem Urteil spricht man in der Regel dann,[35]) wenn die Entscheidung auf Grund einer obligatorischen mündlichen Verhandlung ergeht. Diese Begriffsbestimmung hält der näheren Nachprüfung nicht stand. Ist z. B. ein Einspruch ohne mündliche Verhandlung verworfen, so liegt bei vorstehender Definition kein Urteil, sondern ein Beschluß vor. Das Gesetz bietet keine Handhabe, einen solchen Beschluß ohne Anwendung von Analogien anzufechten; denn § 567 Abs. 1, die einzige etwa in Frage kommende Vorschrift, läßt eine Beschwerde nur zu, wenn die Entscheidung eine vorgängige mündliche Verhandlung n i c h t erfordert, nicht aber dann, wenn sie zwar erforderlich ist, aber nicht stattgefunden hat. Wollte man eine Beschwerde auf dem Wege der Analogie für zulässig erklären, so bleibt hiergegen das Bedenken, daß dann gerade der Fehler der ersten Instanz vergrößert wird; denn nun kann auch die zweite Instanz, und zwar von Rechtswegen ohne mündliche Verhandlung über den Einspruch entscheiden. Dieses Ergebnis würde man nur dadurch abwenden können, daß man dem Beschwerdegericht die Befugnis, über die Wiedereinsetzung zu entscheiden, abspricht und ihm nur die Möglichkeit läßt, die Sache in die erste Instanz zurückzuverweisen. Praktisch ist dieses Verfahren aber sehr umständlich und auch wenig brauchbar, da in der Regel das erste Gericht trotz einer nunmehr stattgefundenen mündlichen Verhandlung, soweit es sich um Rechtsfragen handelt, seine Entscheidung aufrecht erhalten wird. Per analogiam dürften höchstens die Vorschriften über die Berufung Anwendung finden. Die Anwendung dieser Vorschriften ist aber leichter über eine andere Fassung der Urteilsdefinition zu erreichen: Urteil ist eine Entscheidung, die eine vorgängige mündliche Verhandlung erfordert. Von dieser Regel hat das Gesetz aus Zweckmäßigkeitsgründen[36]) Ausnahmen geschaffen. Einige Entscheidungen werden, obwohl eine vorgängige mündliche

---

[35]) Stein Jonas vor § 300 A. II 2; Rosenberg § 54 III 1; Baumbach vor § 300 A. 1; Goldschmidt § 51 Nr. 3; Stein Grundriß § 63 III.

[36]) Marwitz 12.

Verhandlung nicht gefordert wird, dann wenn eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, den Urteilen zugerechnet, wie z. B. die Entscheidung über die Zulässigkeit der Berufung (§ 519 b Abs. 2). Als weitere Ausnahmen gibt es Entscheidungen, die das Gesetz trotz erforderlicher mündlicher Verhandlung durch ausdrückliche Bestimmungen den Beschlüssen zurechnet (z. B. Verweisungsbeschlüsse § 276, Beweisbeschlüsse § 358).

Beschlüsse sind entsprechend der Urteilsdefinition Entscheidungen des Gerichts, die eine vorgängige mündliche Verhandlung n i c h t erfordern. Auch hier gibt es die entsprechenden Ausnahmen von der Regel wie beim Urteil.

In welcher Entscheidungsart die Wiedereinsetzungsentscheidung ergeht, richtet sich nach der Entscheidung über die Zulässigkeit der nachgeholten Prozeßhandlung (§ 238 Abs. 2 Halbs. 1). Da für diese in den folgenden Fällen stets mündliche Verhandlung erforderlich ist und auch keiner der Ausnahmefälle vorliegt, ergehen stets a l s oder i m Urteil: die Entscheidungen über den Antrag auf Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung des Einspruchs und des Widerspruchs, zur Stellung des Antrags auf nachträgliche Abnahme des Eides,[37]) zur Erhebung der Wiederaufnahmeklagen und der Anfechtungs- und Aufhebungsklage, auch wenn in unzulässiger Weise keine mündliche Verhandlung stattgefunden haben sollte. Als Beschlüsse stellen sich sämtliche Entscheidungen über Anträge auf Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Erinnerung und der sofortigen Beschwerde dar.

Bei Versäumung der Berufungs- und Revisionsfristen ergeht die Wiedereinsetzungsentscheidung, die auf Grund mündlicher Verhandlung gefällt wird, als Urteil, einerlei, ob die Wiedereinsetzung gewährt, oder der Antrag abgewiesen wird. Streitig ist es, ob eine Wiedereinsetzungsentscheidung in diesen Fällen auch ohne mündliche Verhandlung im Beschlußverfahren ergehen kann. Das RG. hat die Frage in mehreren Entscheidungen sowohl bezüglich der erteilenden wie der abweisenden Wiedereinsetzungsentscheidung bejaht.[38]) Wenn bestimmte Voraussetzungen der Zulässigkeit der Berufung oder Revision

[37]) B u d e r 55.

[38]) R G. in Soergel 12/574; R G. in JW. 1925/1370 Nr. 3 = Recht 1925/53; R G. in Recht 1929/420 = RG. 125/69 ff. = JW. 1929/3153 Nr. 6.

nämlich die Statthaftigkeit oder die frist- oder formgerechte Einlegung oder Begründung nicht vorliegen, so kann die Abweisung der Rechtsmittel im Beschlußverfahren erfolgen. Es gibt daneben aber eine andere Voraussetzung der Zulässigkeit, nämlich das Fehlen eines Verzichts auf das Rechtsmittel, die nicht im Beschlußverfahren, sondern nur auf Grund mündlicher Verhandlung durchgeprüft werden kann.[39]) Es kann daher zwar das Vorliegen der ersterwähnten Zulässigkeitsvoraussetzungen durch Beschluß festgestellt werden, nicht aber die Zulässigkeit des Rechtsmittels,[40]) da diese Entscheidung auch noch die Prüfung der Frage bezüglich des Verzichts im Urteilsverfahren voraussetzt. Dies dem Wortlaut des § 238 Abs. 2 Halbs. 1 entsprechend auf die Wiedereinsetzungsentscheidung angewandt, würde ergeben, daß zwar die abweisende, nicht aber die erteilende Entscheidung ohne münliche Verhandlung ergehen kann.[41]) Bei dem Sinn des Gesetzes entsprechender Auslegung der Bestimmungen der §§ 519 b, 554 a, und 238 Abs. 2 Halbs. 1 gelangt man jedoch zu einem anderen, den praktischen Erfordernissen mehr genügenden Ergebnis. Die Unmöglichkeit über die Zulässigkeit der Berufung und Revision durch Beschluß zu entscheiden, ergibt sich daraus, daß nicht sämtliche Zulässigkeitsvoraussetzungen im Beschlußverfahren nachgeprüft werden können. Anders ist es bei den Wiedereinsetzungsentscheidungen. Hier kann über sämtliche Zulässigkeits- und Begründetheitsvoraussetzungen eine Nachprüfung im Beschlußverfahren erfolgen. Demnach muß es auch möglich sein, falls sämtliche vorliegen, die Wiedereinsetzung im Beschlußverfahren zu erteilen. Eine Entscheidung über den Antrag auf Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Berufungs- und Revisionsfristen, die ohne vorausgehende oder wenigstens nicht auf Grund einer mündlichen Verhandlung[42]) erlassen wird, ist also ein Beschluß, gleichgültig ob in ihr die Wiedereinsetzung erteilt oder der Antrag abgelehnt wird.[43]) Dasselbe gilt für eine

---

[39]) RG. in JW. 1931/1083 Nr. 12; hierzu Pagenstecher ebendort.
[40]) Rosenberg § 143 I 2a; Goldschmidt § 64 Nr. 4d. A. M.: Stein Jonas § 519b A. III 1b; Baumbach § 519b A. 3.
[41]) Först Kan. § 238 A. 1a cc.
[42]) Först Kan. § 519b A. 1; Sydow Busch § 519b A. 5; Warneyer § 519b A. 3.
[43]) Rosenberg § 77 II 3b β.

Wiedereinsetzungsentscheidung betr. die Anschlußrevision-einlegungs- und Anschlußberufungsbegründungsfrist (§§ 522 a, 556, 238 Abs. 2 Halbs. 1).

Kontradiktorisches oder Versäumnisurteil.

Ein Versäumnisurteil liegt vor, wenn es gegen die säumige Partei ergangen ist.[44]) Alle anderen Urteile sind Nicht-Versäumnis- oder kontradiktorische Entscheidungen. Zum Begriff des Versäumnisurteils ist nicht erforderlich, daß es auf Grund der Säumnis ergangen ist,[45]) m. a. W., daß die Säumnis kausal für die Entscheidung war. Auch dann, wenn mit größter Wahrscheinlichkeit feststeht, daß das Urteil auch bei Anwesenheit des Säumigen in derselben Weise gegen ihn ergangen wäre, liegt ein Versäumnisurteil vor.[46]) Die Gegenansicht trägt ein sehr unsicheres Element in die Begriffsbestimmung hinein. Es ist auch nicht erforderlich, daß es auf Grund der gesetzlichen Folgen der Versäumnis ergangen ist.[47]) Auch wenn sämtliche Voraussetzungen der Entscheidung von Amts wegen zu prüfen sind, wie es gerade bei den Wiedereinsetzungsentscheidungen nötig ist, also die Geständnisfiktion keine Anwendung finden kann, liegt ein Versäumnisurteil vor.[48]) Nur eine Einschränkung ist bei der obigen Definition zu machen: es darf sich nicht um eine Entscheidung nach Lage der Akten handeln. „Gegen" eine Partei ist eine Entscheidung ergangen, wenn sie hierdurch irgendwie beschwert ist, wenn also durch die Entscheidung eine irgendwie günstigere Position des Gegners herbeigeführt worden ist. Wird der Wiedereinsetzungsantrag abgewiesen, so ist stets der Antragsteller, wird die Wiedereinsetzung erteilt, der Antraggegner beschwert. Es ist somit möglich, daß in sämtlichen Fällen, in denen die Wiedereinsetzungsentscheidung durch Urteil zu ergehen hat, sowohl gegen den Antragsteller wie gegen den Antraggegner Versäumnisurteil ergehen kann, wobei es keine Rolle spielt, ob das Verfahren in erster oder höherer Instanz schwebt.

[44]) Rosenberg § 106 III; Baumbach vor § 330 A. 4; Marwitz 98; Skon Gelpcke vor § 330 A. 1; Sydow Busch vor § 330.

[45]) So: Neukamp vor § 330 A. 2b Planck § 76 IV B 1; Troll S. 2; Wach Vorträge 190; Weismann § 94 I 3.

[46]) Skon Gelpcke vor § 330 A. 1.

[47]) So: Stein Jonas vor § 330 A. III 2; Loewenwald § 108 Seuffert vor § 300 Nr. 2; Wach Vorträge 190.

[48]) Skon Gelpcke vor § 330 A. 1.

End- oder Zwischenentscheidung.

Ein Endurteil ist eine Entscheidung, durch die das Gericht ein vor ihm anhängiges Verfahren für diese Instanz endgültig abschließt.[49]) Alle übrigen sind Zwischenurteile.[50]) Es ist einerlei, ob sie in gesetzlich zulässiger Weise ergangen sind oder nicht; denn die Zulässigkeit ist kein Begriffsmerkmal des Zwischenurteils. Auch dann, wenn das Gericht entgegen der gesetzlichen Bestimmung, z. B. ein Urteil über ein selbständiges Angriffsmittel erlassen hat, liegt ein Zwischenurteil vor.

Bei der Einordnung der Wiedereinsetzungsentscheidung unter die vorstehend gegebenen Begriffe ergibt sich, daß diejenigen Urteile, die die Wiedereinsetzung versagen, nachdem bereits in einer früheren Entscheidung die versäumte Prozeßhandlung als unzulässig verworfen worden ist, stets als Endurteile ergehen. Ist die Prozeßhandlung noch nicht als unzulässig verworfen, so kann die Wiedereinsetzungsentscheidung nur, wenn sie die Frist des § 466 betrifft und die Hauptsache noch nicht endentscheidungsreif ist, als Zwischenurteil ergehen. Sonst kann sie in gesetzlich zulässiger Weise nur in den Gründen des die Prozeßhandlung als unzulässig verwerfenden Endurteils ausgesprochen werden; denn mit der Entscheidungsreife der Wiedereinsetzungsfrage wird zugleich der ganze Rechtsstreit zur Endentscheidung reif. In gesetzlich unzulässiger Weise können allerdings diese Wiedereinsetzungsentscheidungen auch als Zwischen- oder als Endurteile ergehen und zwar als Zwischenurteil dann, wenn trotz der Entscheidungsreife des ganzen Rechtsstreits entgegen der Bestimmung des § 300 Abs. 1 zunächst ein den Wiedereinsetzungsantrag abweisendes Zwischenurteil und darauf ein die Prozeßhandlung als unzulässig verwerfendes und damit den Prozeß beendendes Endurteil erlassen wird. Die Wiedereinsetzungsentscheidung würde dagegen als Endentscheidung anzusprechen sein, wenn in ihr bereits über die Kosten der Instanz miterkannt worden ist. Hieraus wäre

[49]) Stein Jonas § 300 A. 1; Stein Grundriß § 65 II; Rosenberg § 55 II; Baumbach vor § 300 A. 2; Goldschmidt § 51 Nr. 3; Kisch II § 27 Nr. V 1; Marwitz 14/15; Wach Vorträge 107; Warneyer § 300 A. 2.

[50]) Kisch II § 27 Nr. V 2; verl. ferner Stein-Jonas § 303 A. I; Rosenberg § 55 III; Baumbach vor § 300 A. 2 D; Goldschmidt § 51 Nr. 3; Heilfron Band I § 79c; Först Kan vor § 300 A. 1b; Kleinfeller § 66 IV; Marwitz 58/59; Planck § 76 IV A. 2; Warneyer § 300 A. 2.

zu entnehmen, daß der Prozeß für die Instanz abgeschlossen sein soll,[51]) obwohl über die versäumte Prozeßhandlung nicht entschieden worden ist.

Wird die Wiedereinsetzung gewährt, so kann die Entscheidung in verschiedenster Weise ergehen, nämlich: entweder als Zwischenurteil oder im Zwischenurteil (die versäumte Prozeßhandlung wird unter Erteilung der Wiedereinsetzung für zulässig erklärt) oder in den Gründen des Endurteils und schließlich in bestimmten Fällen in der Berufungs- und Revisionsinstanz auch als Endurteil. Dies ist dann möglich, wenn das Wiedereinsetzungsverfahren allein in die höhere Instanz devolviert ist. Es wird z. B. gegen ein Endurteil, das den Antrag auf Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Einspruchfrist abweist, Berufung eingelegt. Mit der Erteilung der Wiedereinsetzung ist das Verfahren vor dem Berufungsgericht beendet, auch wenn die Zurückverweisung der Sache in die Vorinstanz nicht ausdrücklich ausgesprochen wird. Es liegt also stets ein Endurteil vor. Dies würde auch dann der Fall sein, wenn man die ausdrückliche Zurückverweisung für notwendig halten wollte; denn es ist allgemein anerkannt, daß Urteile nach den §§ 538, 539 stets Endurteile sind.[52]) Mehrere Kommentatoren der ZPO.[53]) wollen allerdings auch heute noch, dann wenn es sich um eine Wiedereinsetzungsentscheidung handelt, eine Ausnahme machen und diese als Zwischenurteile ansehen. Sie stützen sich lediglich auf eine längst durch neuere überholte[54]) Reichgerichts-

---

[51]) RG. in JW. 1895/200 Nr. 10; Hellwig System § 172 V 2c α; Petersen § 236 A. 1; Skon Gelpcke § 238 A. 2; Weismann § 86 IV 5.

[52]) RG. 6/335 ff.; RG. 7/427; RG. 17/358 ff.; Stein-Jonas §§ 538 A. VIII, 539 A. III; Stein Grundriß § 65 II; Rosenberg § 144 III 3; Baumbach §§ 538 A. 1, § 539 A. 3; Bunsen Lehrbuch § 107; Engelmann III S. 337; Fitting § 82 VII A. 64; Först Kan §§ 538 A. 4, 539 A. 4; Goldschmidt § 65 Nr. 2; Hellwig System § 238 V 3 A. 34; Kleinfeller § 121 III; Marwitz 15; Neukamp § 538 A. 2c; Petersen § 538 A. 3; Planck § 139; Reincke §§ 538 A. III, 539 A. IIa; Schmidt § 125 III; Sellner §§ 538 A. 3; 539 A. 3; Skon Gelpcke §§ 538 A. 5, 539 A. 8a; Troll 231; Warneyer § 539 A. 12; Weismann § 98 I 1; Wilm Levy § 500 A. 3.
A. M.: Barazetti 167, 170; Seuffert §§ 538 A. 1c, 539 A. 4.

[53]) Sellner § 238 A. 5; Sydow Busch § 238 A. 4; Warneyer § 238 A. 1.

[54]) Besonders durch RG. 102/217 ff.

entscheidung.[55]) Irgendwelche Gründe, gerade hier von der allgemeinen Regel abzuweichen, lassen sich nicht finden.

Die Unterscheidung Zwischen-Endurteile ist auf Beschlüsse entsprechend anwendbar, wenn ihr auch hier nicht im entferntesten die Bedeutung zukommt, wie bei Urteilen.

2. Während bei den die Wiedereinsetzung ablehnenden Entscheidungen von keiner Seite für eine generelle Unanfechtbarkeit eingetreten wird, bildet sich in neurer Zeit eine Richtung, die bereits de lege lata für die Unanfechtbarkeit der die Wiedereinsetzung erteilenden Entscheidung eintritt. Ist die Wiedereinsetzung einmal erteilt, so sei damit die Fristversäumung endgültig geheilt. Das RG. hat in seinen früheren Entscheidungen, z. B. in RG. 10/362, 11/375, 16/368 ff., 30/347, 38/387 ff., 67/186 ff., 84/41 ff. stets die Anfechtbarkeit einer die Wiedereinsetzung erteilenden Entscheidung angenommen. In neuerer Zeit zuerst durch die in JW. 1922/1392 Nr. 8 abgedruckte Entscheidung hat es die Gewährung der Wiedereinsetzung durch Beschluß für unabänderlich und unanfechtbar erachtet.[56]) Unter Billigung dieser Ansicht schneidet Rosenberg in seinem Lehrbuch[57]) die Frage an: „Sollte sich aus dieser Unanfechtbarkeit der Gewährung der Wiedereinsetzung durch die schwächste Form des Beschlusses nicht überhaupt ihre Unanfechtbarkeit ergeben?" Die Antwort hierauf gibt Baumbach in der 6. Auflage seines Kommentars[58]) dahin, daß er die Erteilung der Wiedereinsetzung, einerlei ob durch Beschluß oder durch Urteil, für unanfechtbar hält. Es ist damit also auch für die ZPO. bejaht, was in § 153 der österr. ZPO. und § 46 StPO. ausdrücklich ausgesprochen ist: die Unanfechtbarkeit der Erteilung der Wiedereinsetzung.

Schon bei Prüfung der Frage der Anfechtbarkeit von Beschlüssen, die die Wiedereinsetzung erteilen, zeigt sich die Unrichtigkeit dieser Ansicht. Durch Beschluß kann die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Fristen zur Einlegung der Erinnerung und der sofortigen Beschwerde und gegen die Versäumung der Berufungs- und Revisionsfristen gewährt werden. Die Entscheidung

---

[55]) RG. 12/373 f.

[56]) RG. in L. Z. 1928/757 Nr. 27 = Recht 1928/283 = HRR. 1928/1359; RG. in Seuff. Arch. 84/126; RG. 125/69 ff. = JW. 1929/3153 Nr. 6; RG. in JW. 1930/3312 Nr. 8; hierzu Scholtz ebendort.

[57]) § 77 II 3 b

[58]) § 238 A. 5.

betr. die Revisionsfristen scheidet für die hier in Frage stehende Untersuchung von vornherein aus, da ihre Unanfechtbarkeit wegen Erschöpfung des Instanzenzuges feststeht. Ergeht in den übrigen Fällen die Wiedereinsetzungsentscheidung nur als Unterscheidung in den Gründen eines Beschlusses, so eröffnet sich durch eine Anfechtung des Beschlusses mittels Beschwerde von selbst auch ein Anfechtungsverfahren über die Unterentscheidung. Hiergegen wird kaum etwas einzuwenden sein.

Näher ist aber auf die Frage der Anfechtbarkeit von nur über die Wiedereinsetzung entscheidenden Beschlüssen einzugehen. Bei solchen Entscheidungen betreffend die Fristen zur Einlegung der Erinnerung und der sofortigen Beschwerde läßt sich eine selbständige Anfechtung aus der allgemeinen Bestimmung des § 567 nicht herleiten, da nicht ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen, sondern ihm gerade stattgegeben worden ist. Eine einzelne Gesetzesbestimmung, die die Anfechtbarkeit der Entscheidung über die Zulässigkeit der Erinnerung und der sofortigen Beschwerde und damit nach § 238 Abs. 2 Halbs. 2 die der entsprechenden Wiedereinsetzungsentscheidung anordnet, ist nicht vorhanden; eine selbständige Anfechtung somit ausgeschlossen. Wohl aber ist ein solcher Beschluß zusammen mit der Endentscheidung anfechtbar. Dies folgt aus analoger Anwendung des § 512 auf das Beschwerdeverfahren, der umsoweniger Bedenken entgegenstehen, als andernfalls das unannehmbare Ergebnis nicht zu vermeiden wäre, daß die Wiedereinsetzungsentscheidung, die zusammen mit der sachlichen Entscheidung über die Erinnerung und die sofortige Beschwerde ergeht, zusammen mit dieser anfechtbar, dieselbe Entscheidung aber, sobald sie der Endentscheidung in einem besonderen Beschluß vorweggenommen ist, unanfechtbar wäre.

Die Erteilung der Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Berufungsfristen durch Beschluß eines LG. ist wegen Erschöpfung des Instanzenzuges unanfechtbar. Die gleiche Entscheidung eines OLG. kann zwar nicht selbständig,[59]) wohl aber auf Grund des § 548 durch Revision gegen das Haupturteil angefochten werden.[60]) Die herrschende Ansicht[61]) vereint allerdings jede Anfechtbarkeit

[59]) RG. in JW. 1931/1759 Nr. 5; hierzu Sonnen in JW. 1931/2569
[60]) Strauß in JW. 1930/3539.
[61]) RG. in LZ. 1928/757 Nr. 27 = Recht 1928/283 = HRR. 1928 1359; RG. in Seuff. Arch. 84/126; RG. in JW. 1930/3312 Nr. 8 Rosenberg § 77 II 3b Sydow Busch § 238 A. 3.

auch die auf Grund des § 548. Es handle sich um eine unanfechtbare Entscheidung, die der § 548 ausdrücklich der Beurteilung des Revisionsgerichts entziehe. Zu den unanfechtbaren Entscheidungen im Sinne des § 548 gehören einmal diejenigen, die ausdrücklich für unanfechtbar erklärt sind, dann diejenigen, die an sich selbständig durch ein Rechtsmittel anfechtbar sind. Hierunter fallen auch die Beschlüsse eines OLG., die abgesehen von der Bestimmung des § 567 Abs. 3 S. 1 anfechtbar wären.[62]) Aber nur diese, nicht auch diejenigen, denen an sich auch ohne § 567 Abs. 3 S. 1 die selbständige Anfechtbarkeit fehlt. Zu diesen letzteren gehört die Erteilung der Wiedereinsetzung; denn die Beschwerde ist nicht durch § 567 Abs. 3 S. 1 entzogen, vielmehr, da die Voraussetzungen des § 567 Abs. 1 nicht erfüllt sind, überhaupt nicht gegeben. Ein Gesuch wird nicht abgewiesen, eine passende Einzelbestimmung betr. einen Beschluß, der die Berufung für zulässig erklärt (§ 238 Abs. 2 Halbs. 2) ist nicht vorhanden; denn § 519 b Abs. 2, die einzige etwa in Frage kommende Vorschrift, gibt die sofortige Beschwerde nur gegen Beschlüsse, die die Berufung als unzulässig verwerfen. Eine Entscheidung, die in unzulässiger Weise[63]) die Berufung durch Beschluß für zulässig erklären würde, fällt überhaupt nicht unter § 519 b Abs. 2. Bejaht werden kann durch Beschluß höchstens das Vorhandensein der in § 519 b Abs. 1 erwähnten Erfordernisse. Aber auch gegen einen solchen Beschluß wäre, abgesehen von § 567 Abs. 3, die sofortige Beschwerde nicht zulässig, da gegen ein Urteil gleichen Inhalts, das stets Zwischenurteil ist, die selbständige Revision nicht zulässig wäre.

Ein Bedenken gegen die Anwendung des § 548 könnte vielleicht noch darin zu finden sein, daß diese Bestimmung nur die vorausgegangenen Urteile und Beschlüsse ergreife, die im Urteilsverfahren ergangen sind, nicht aber die aus dem vorangegangenen Beschlußverfahren. Einmal spricht gegen diese Auslegung der Wortlaut der Bestimmung, vor allem aber das Fehlen irgend eines praktischen Bedürfnisses für eine solche Auslegung, ja im Gegenteil, sie führt zu der auf jeden Fall zu vermeidenden Inkonsequenz, daß inhaltlich vollkommen gleiche Wiedereinsetzungsentscheidungen, sobald sie im Beschlußverfahren ergehen, unan-

[62]) Stein Jonas § 548 A. II; Baumbach § 548 A. 1; Skon Gelpcke § 548 A. 2.
[63]) s. S. 17.

fechtbar, sobald sie aber dem viel größere Sicherheiten bietenden Urteilsverfahren entstammen, anfechtbar sind.

Es ergibt sich also, daß sämtliche Beschlüsse, die die Wiedereinsetzung erteilen, zwar nicht selbständig, wohl aber stets zusammen mit der Hauptentscheidung anfechtbar sind. Hiermit wird es aber unmöglich, von der Unanfechtbarkeit der Beschlüsse auf die Unanfechtbarkeit der Urteile zu schließen. Auch die Urteile werden dadurch, daß in ihnen die Wiedereinsetzung gewährt worden ist, nicht der Anfechtung entzogen.

In der Hauptsache stützt sich die Richtung, die die Unanfechtbarkeit vertritt, denn auch nicht auf Untersuchungen, die zu dem gegenteiligen Ergebnis wie vorstehend gelangen, sondern auf Billigkeitsgründe. Durch die Erteilung der Wiedereinsetzung sei eine Basis für das fernere Verfahren geschaffen,[64]) die unverrückbar feststehen müsse. Die Parteien müssen sich darauf verlassen können, daß nunmehr das Verfahren fortzuführen sei.[65]) Es sei formalistisch, das Verfahren auf die gewährte Wiedereinsetzung hin fortzuführen und dann der nächsten Instanz die Möglichkeit zu geben, durch eine entgegengesetzte Wiedereinsetzungsentscheidung das ganze sachliche Verfahren der Vorinstanz hinfällig werden zu lassen. So beachtlich diese Gründe auch sind, es ist eins nicht genügend beachtet, was bereits in den Materialien betont wird,[66]) daß auch der Gegner des Antragstellers gegen unbegründete Wiedereinsetzungserteilungen geschützt sein muß. Was dem Antragsteller durch die Erteilung der Wiedereinsetzung gegeben wird, wird dem Antraggegner durch Verschlechterung seiner Prozeßlage genommen. Es mag wegen der Gegengründe besonders wegen der Möglichkeit der Verletzung des wichtigen Grundsatzes der Prozeßoekonomie eine anderweitige Regelung de lege ferenda erstrebt werden. Hierauf wird am Schluß der Untersuchung noch kurz eingegangen werden. Abzulehnen ist aber, in das gegenwärtige Gesetz, dessen Regelung durchaus nicht als eine unsinnige anzusprechen ist, aus Billigkeitsgründen, die wegen der einseitigen Bevorzugung der einen Partei nicht einmal allgemeine Anerkennung finden können, die Bestimmung der Unanfechtbarkeit von Entscheidungen, die die Wiedereinsetzung erteilen, hineinzutragen.

[64]) RG. in JW. 1929/3153 Nr. 6 = RG. 125/69 ff.
[65]) RG. in JW. 1922/1392 Nr. 8.
[66]) Materialien S. 248.

Noch eine Frage gehört zu dem hier zu behandelnden Fragenkomplex: entfällt nicht eine Anfechtbarkeit, da der Antraggegner durch die Erteilung der Wiedereinsetzung überhaupt nicht beschwert ist? Die Frage hat praktisch wenig Bedeutung, da die die Wiedereinsetzung erteilenden Entscheidungen fast ausschließlich nur unselbständig anfechtbar sind, dann aber für die Frage der Beschwer die Hauptentscheidung maßgebend ist. Eine Beschwer liegt bei strenger Auslegung des Wortsinnes dann vor, wenn die Partei irgend einen Nachteil durch die Entscheidung erleidet. Schon dadurch, daß der Partei die Möglichkeit abgeschnitten wird, Widerklage zu erheben, oder die Klage zu erweitern, ja auch schon dadurch, daß sie sich durch das für sie günstige Urteil moralisch gegenüber der Gegenpartei belastet fühlt, ist sie beschwert. Diese weite Auslegung, die zwar dem Wortlaut entspricht, entbehrt aber für den Prozeß der Zweckmäßigkeit und wird daher von der herrschenden Ansicht weitgehend eingeschränkt.[67]) So ist z. B. keine Anfechtung möglich gegen ein Urteil, das völlig dem Klageantrag entspricht, etwa um in höherer Instanz die Klage zu erweitern.[68]) Hier wird eine Beschwer im prozeßrechtlichen Sinne verneint. Eine Berechtigung für eine Verneinung der Beschwer aus Zweckmäßigkeitsgründen ist bei einer Entscheidung, die die Wiedereinsetzung erteilt, nicht gegeben. Dem Gegner wird durch die Erteilung der Wiedereinsetzung die günstige Prozeßlage, die er durch die Säumnis des Gegners hat, wieder genommen, ein Eingriff, der schwerwiegend genug ist, um die Anfechtung nicht auszuschließen.

3. Ob überhaupt eine Anfechtung möglich ist und welche Anfechtungsarten im einzelnen bei den Wiedereinsetzungsentscheidungen statthaft sind, wird entscheidend durch die Art der Entscheidung beeinflußt. Daher werden in der folgenden Darstellung die möglichen Arten der Wiedereinsetzungsentscheidung als Ausgangspunkt für die Betrachtung gewählt.

Ergeht die Wiedereinsetzungsentscheidung als kontradiktatorisches Endurteil, so kommen als Anfechtungsarten die Berufung, Revision und die Wiederaufnahmeklagen in Frage.

---

[67]) Stein Jonas § 511 A. II; Rosenberg § 140 II 2; Baumbach vor § 511 A. 4.
[68]) RG. 13/395.

Mit der Berufung sind die in erster Instanz, also von den Amts- und Landgerichten erlassenen Wiedereinsetzungsentscheidungen anfechtbar (§ 511).

Die Revision ist gegen die in der Berufungsinstanz von den Oberlandesgerichten erlassenen Wiedereinsetzungsurteile gegeben (§ 545 Abs. 1), einerlei ob die Frage der Wiedereinsetzung zum ersten Mal im Berufungsverfahren aufgetaucht ist, oder es sich um ein Berufungsverfahren gerade über diese Frage gehandelt hat. Gegen Urteile über die Anordnung, Abänderung oder Aufhebung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung ist die Revision nicht zulässig (§ 545 Abs. 2). Dies trifft auch für die in diesen Sachen ergehenden Wiedereinsetzungsentscheidungen zu.[69]) Unter den im § 566 a aufgeführten Bedingungen ist eine sogen. Sprungrevision möglich. Sie kann nach Absatz 3 dieses Paragraphen nicht auf Mängel des Verfahrens gestützt werden. Diese Bestimmung bedeutet keine Einschränkung der Statthaftigkeit der Sprungrevision dahin, daß alle verfahrensrechtlichen Entscheidungen, zu denen auch die Wiedereinsetzungsentscheidung zu rechnen ist, der Anfechtung mittels Sprungrevision entzogen wären, weil in allen diesen Fällen die Revision stets nur auf die Verletzung von Prozeßrechtsnormen gestützt werden könnte. Eine Gleichsetzung der Begriffe „Mängel des Verfahrens" und „Verletzung von Prozeßrechtsnormen" findet keine Berechtigung. Jeder Mangel des Verfahrens stellt sich zwar zugleich als Verletzung einer Bestimmung des Prozeßrechts dar, nicht aber umgekehrt. Die Verletzung einer Prozeßrechtsnorm kann sowohl ein Mangel des Verfahrens ein Mangel der eigentlich Entscheidung sein. Es kann also auch eine Wiedereinsetzungsentscheidung beim Vorliegen der erforderlichen Einwilligung des Gegners mittels Sprungrevision angefochten werden.

Die Wiederaufnahmeklagen finden sowohl gegen Sach- wie gegen Prozeßurteile [70]) demnach auch gegen Wiedereinsetzungsentscheidungen Anwendung. In welcher Instanz die Entscheidungen ergangen sind, spielt für die Frage der Statthaftigkeit keine Rolle.

---

[69]) RG. in LZ. 1927/173 Nr. 9; RG. in JW. 1930/141 Nr. 18; Marwitz 222.

[70]) Rosenberg § 160 III 1; Baumbach § 578 A. 2,; Goldschmidt § 68 Nr. 1; Reincke § 578 A. I.

Bei der Berufung und Revision, aber auch bei den Wiederaufnahmeklagen [71]) ist eine Beschwer des Anfechtenden Voraussetzung der Statthaftigkeit der Anfechtung. Bei Ablehnung des Wiedereinsetzungsantrags ist daher nur der Antragsteller, bei Erteilung nur der Antraggegner anfechtungsberechtigt. Bei Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche muß der Wert des Beschwerdegegenstandes zur Statthaftigkeit der Berufung und Revision, abgesehen von den in den §§ 511 a Abs. 4 und 547 statuierten Ausnahmen, einen bestimmten Betrag übersteigen. Der Wert des Beschwerdegegenstandes ist bei den hier zu behandelnden Wiedereinsetzungsentscheidungen gleich demjenigen, der vorausgegangenen Entscheidung über die versäumte Prozeßhandlung. Von den Ausnahmen verdient die des § 547 Nr. 1 Halbs. 2 der Hervorhebung. Eines bestimmten Wertes des Beschwerdegegenstandes bedarf es zur Statthaftigkeit der Revision insoweit nicht, als es sich um die Unzulässigkeit der Berufung handelt. Um diese Frage geht es auch dann, wenn in der Entscheidung über die Wiedereinsetzung betreffend die Versäumung der Berufungsfrist entschieden ist, sodaß also auch hier die Ausnahme Platz greift. [72]) Durch diese Bestimmung wird aber nur die Wiedereinsetzungsentscheidung betreffend die Berufungsfrist, nicht auch betreffend andere Fristen, z. B. die Einspruchsfrist gegen ein in der Berufungsinstanz erlassenes Versäumnisurteil betroffen. [73])

Wird die Wiedereinsetzungsentscheidung als kontradiktorisches Zwischenurteil oder in den Gründen eines kontradiktorischen End- oder Zwischenurteils erlassen, so unterliegt diese Entscheidung zwar nicht der selbständigen, wohl aber, wenn die Hauptentscheidung mittels Berufung, Revision oder Wiederaufnahmeklage angefochten werden kann, der unselbständigen Anfechtung. Es besteht bei allen drei Anfechtungsarten die Möglichkeit, durch Anfechtung der Haupt-

---

[71]) Stein Jonas § 578 A. II; Först Kan § 578 A. 2; Walsmann, Anschlußberufung S. 46 f. A. 2; Schoetensack 18.

[72]) RG. 30/347; Stein, Jonas § 547 A. II 2; Baumbach § 547 A. 3; Först Kan. §§ 238 A. 1caa, 547 A. 1d; Freudenthal § 547 A. 5; Heilfron Band I § 67 C IIIb 4; Neukamp § 547 A. 3d; Petersen § 547 A. 2; Seuffert § 236 A. 2b; Skon-Gelpcke § 547 A. 4; Str. Koch § 547 A. 2; Sydow Busch § 547 A. 4; Wilm Levy § 509 A. 4.

[73]) Stein Jonas § 547 A. II 2; FörstKan. § 547 A. 1d; § Skon Gelpcke § 547 A. 4.

entscheidung auch Anfechtungsverfahren über die Unterentscheidungen zu eröffnen, auch wenn diese als Zwischenurteile ergangen sind (§§ 512, 548, 583). Wird die Hauptentscheidung durch Sprungrevision angefochten, so erstreckt sich auch hier das Revisionsverfahren trotz § 566 a Abs. 3 auf die Wiedereinsetzungsentscheidung, da die von Amts wegen zu beachtenden Punkte, wozu auch die Wiedereinsetzungsvoraussetzungen gehören, im Sprungrevisionsverfahren auch dann Berücksichtigung zu finden haben, wenn sie sich auf Mängel des Verfahrens beziehen.[74]) Eine Beschwer des Anfechtenden durch die Unterscheidung ist nicht erforderlich. Auch über eine dem Anfechtenden der Hauptentscheidung günstige Unterscheidung wird ein Anfechtungsverfahren eröffnet. Wenn die Hauptentscheidung im Revisionsverfahren nach § 547 Nr. 1 Halbs. 2 nur beschränkt nachprüfbar ist, so erstreckt sich die Nachprüfung aber stets auf eine in ihr enthaltene Wiedereinsetzungsentscheidung, da es sich hier stets um die Frage der Unzulässigkeit der Berufung handelt.

Bei einem Versäumnisurteil ist die Anfechtungsmöglichkeit verschieden, je nachdem in der Entscheidung der Wiedereinsetzungsantrag abgewiesen oder die Wiedereinsetzung erteilt worden ist.

Das den Antrag abweisende Versäumnisurteil kann nach der Sonderbestimmung des § 238 Abs. 2 S. 2 nicht mit dem Einspruch angefochten werden. Für die Anwendung dieser Bestimmung ist nicht erforderlich, daß die Säumnis im ersten Termin nach der Antragstellung stattgefunden hat.[75]) Eine andere Auslegung der Bestimmung,[76]) die gegen den klaren Wortlaut zu erfolgen hätte, läßt sich nicht durch den Hinweis auf § 345 rechtfertigen. Dort entfällt der Ausschluß des Einspruchs, wenn zwischen den beiden versäumten Terminen eine Verhandlung zur Hauptsache stattgefunden hat. Die erste Säumnis, die, wie sich aus der leichten Beseitbarkeit ihrer Folgen ergibt, vom Gesetz nicht allzu schwer bewertet wird, ist durch den Einspruch geheilt. Erst dann, wenn der Säumige durch eine unmittelbar an die erste sich anschließende zweite Säumnis den Prozeß aufhält, tritt die Ausschlußfolge ein.

---

[74]) Stein Jonas § 566a A. IV 1; Rosenberg § 149 II 2; Baumbach § 566a A. 4.

[75]) Planck § 162 IV B 2; SkonGelpcke § 238 A. 4; Troll 189.

[76]) Stein Jonas § 238 A. IV; Neukamp § 236 A. 2.

Bei den Wiedereinsetzungsfällen liegt bereits die erste Säumnis dermaßen schwer, daß die Beseitigung ihrer Folgen nur beim Vorliegen ganz besonderer Fälle ausnahmsweise vom Gesetz zugelassen wird. Erfolgt dann aber, ohne daß die erste Säumnis durch Erteilung der Wiedereinsetzung wieder gutgemacht ist, [77]) eine zweite, so ist hiermit jede weitere Nachsicht verwirkt. Es ist belanglos, ob die Säumnis sich unmittelbar an die erste anschließt oder erst in späterer Zeit erfolgt.

Der § 238 Abs. 2 S. 2 bezieht sich nicht nur auf ein Versäumnisurteil, in dem über die Wiedereinsetzung erkannt worden ist. Auch dann, wenn in dem Versäumnisurteil nur die nachgeholte Prozeßhandlung als unzulässig verworfen, von der Wiedereinsetzung aber überhaupt nichts erwähnt worden ist, trifft der vorstehend ausgeführte Gesichtspunkt — Verwirkung jeder Nachsicht — zu. Darum ist auch in diesen Fällen der Einspruch ausgeschlossen. [78]) Anders ist es, wenn ein Schwurpflichtiger den Termin zur Abnahme eines durch Beweisbeschluß auferlegten Eides und weiter auch die Frist des § 466 versäumt hat und nunmehr vor Erteilung der Wiedereinsetzung ein Versäumnisurteil in der Sache selbst ergeht. Gegen dieses Urteil ist der Einspruch zulässig; denn er steht in keiner Berührung mit dem Eidessäumnisverfahren.

Die auf Grund des § 238 Abs. 2 S. 2 nicht mittels Einspruchs anfechtbaren Versäumnisurteile kann der Antragsteller, um geltend zu machen, daß der Fall der Versäumung nicht vorgelegen habe, mit der Berufung und Revision nach Maßgabe der §§ 513 Abs. 2, 566 anfechten. Weiter ist noch die Möglichkeit einer Anfechtung mittels Wiederaufnahmeklage zu erwähnen.

Wird die Wiedereinsetzung durch Versäumnisurteil gewährt, so finden auf die Anfechtung die allgemein für die Anfechtung eines Versäumnisurteils geltenden Vorschriften Anwendung. Es ist also, wenn nicht gerade der Fall des § 345 vorliegt, nur der Einspruch und bei Versäumnisendurteilen die selbständige, bei Versäumniszwischenurteilen die unselbständige Anfechtung mittels Wiederaufnahmeklage zulässig.

---

[77]) Planck § 162 IV B 2; SkonGelpcke § 238 A. 4; Troll 189.

[78]) OLG. Dresden in Sächs. Ann. 29/139 ff; Stein Jonas § 238 A. IV; SkonGelpke § 238 A. 4.

Die Statthaftigkeit der Anfechtung von Beschlüssen richtet sich darnach, gegen die Versäumung welcher Fristen die Wiedereinsetzung begehrt worden ist.

Wird der Wiedereinsetzungsantrag gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Erinnerung gegen den Kostenfestsetzungsbeschluß (§ 104) abgelehnt, so ist diese Entscheidung nach § 238 Abs. 2 Halbs. 2 ebenso wie ein die Erinnerung als unzulässig verwerfender Beschluß, also mittels sofortiger Beschwerde anfechtbar. (§ 104 Abs. 3 S. 5). Eine weitere Beschwerde ist nicht zulässig (§ 568 Abs. 3). Gegen eine Ablehnung des Wiedereinsetzungsantrags in den Gründen des Beschlusses, der die Erinnerung als unzulässig verwirft, und gegen eine Erteilung der Wiedereinsetzung ist nur die unselbständige Anfechtung durch Einlegung der sofortigen Beschwerde gegen die Hauptentscheidung möglich.

Richtet sich das Wiedereinsetzungsverfahren gegen die Versäumung von Berufungsfristen, so regelt sich die Anfechtung des die Wiedereinsetzung abweisenden Beschlusses nach den §§ 519 b Abs. 2, 567 Abs. 3 (§ 238 Abs. 2 Halbs. 2). Es ist also gegen einen landgerichtlichen Beschluß keine Beschwerde, [79]) gegen einen oberlandesgerichtlichen Beschluß außer in Arrestsachen die sofortige Beschwerde an das RG. [80]) gegeben. Die Erteilung der Wiedereinsetzung durch Beschluß und die Ablehnung des Wiedereinsetzungsantrags in den Gründen des die Berufung als unzulässig verwerfenden Beschlusses ist nur unselbständig anfechtbar.

Ein Beschluß des Revisionsgerichts über die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung von Revisionsfristen ist wegen Erschöpfung des Instanzenzuges unanfechtbar.

Eine Entscheidung, die den Wiedereinsetzungsantrag gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde verwirft, ist unanfechtbar, wenn sie von einem OLG. erlassen worden ist (§ 567 Abs. 3). Dagegen ist die gleiche Entscheidung eines LG., abgesehen von dem

---

[79]) OLG. Celle in Recht 1925/322; OLG. Düsseldorf in JW. 1925/2344 Nr. 15; OLG. Rostock in Meckl. Z. 42/440; OLG. Düsseldorf in JW. 1926/852 Nr. 24; OLG. Königsberg in JW. 1926/854 Nr. 27; OLG. Breslau in JW. 1926/1602 Nr. 13; KG. in JW. 1927/2637 Nr. 2; OLG. Nürnberg in LZ. 1930/471 Nr. 3.
Anders ohne Begründung: OLG. Köln in JW. 1926/865 Nr. 24; hierzu Reinberger ebendort.

[80]) RG. 108/317 ff. . RG. in Recht 1924/1584; RG. 108/383 f.; RG. 115/71 ff.; RG. in JW. 1931/1086 Nr. 15.

Fall, daß die Wiedereinsetzung in einem Verfahren betreffend Prozeßkosten begehrt worden ist (§ 568 Abs. 3), stets mittels weiterer sofortiger Beschwerde anfechtbar.[81]) Nach § 238 Abs. 2 Halb. 2 ist von der Anfechtbarkeit einer Entscheidung auszugehen, die die sofortige Beschwerde als unzulässig verwirft. Eine solche Entscheidung ist aber ebenso wie die erstinstanzliche Entscheidung, die durch sie bestätigt wird,[82]) mittels sofortiger hier natürlich weiterer sofortiger Beschwerde anfechtbar. In der Ablehnung des Wiedereinsetzungsantrags liegt stets ein neuer selbständiger Beschwerdegrund,[83]) so daß auch diese Voraussetzung der weiteren Beschwerde erfüllt ist. Ergeht die Entscheidung über die Ablehnung des Wiedereinsetzungsantrags in den Gründen der Entscheidung, die die sofortige Beschwerde als unzulässig verwirft, oder wird die Wiedereinsetzung erteilt, einerlei ob durch einen Zwischenbeschluß oder in den Gründen des Endbeschlusses, so ist nur die unselbständige Anfechtung gegeben.

Eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Wiederaufnahmeklagen auf Beschlüsse ist abzulehnen,[84]) da kein Bedürfnis hierfür besteht. Sind die Beschlüsse mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar, so greift § 577 Abs. 2 ein. Alle übrigen Beschlüsse sind mangels eines dem § 318 entsprechenden Verbots abänderlich, auch dann, wenn sie nur wegen Erschöpfung des Instanzenzuges nicht mehr mittels sofortiger Beschwerde anfechtbar sind.[85]) Wohl aber ist es möglich, daß Beschlüsse, die die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Berufungs- und Revisionsfristen gewähren, von einem Wiederaufnahmeverfahren, das sich gegen das nachfolgende Endurteil richtet, mit betroffen werden (§ 583).

Für die Anfechtung von inkorrekten Wiedereinsetzungsentscheidungen, d. h. von Entscheidungen, die ihrer

---

[81]) Buder 62.
[82]) Stein Jonas § 568 A. II; Baumbach § 568 A. 2.
[83]) Buder 62; Seuffert § 236 A. 2α; SkonGelpcke § 238 A. 3.
[84]) RG. 73/195 f.; Barazetti 277; Fitting § 85 I A. 2, Loewenwald S. 366 f. A. 1; Petersen § 577 A. 5; Sellner § 578 A. 3; Seuffert § 577 A. 2c; SkonGelpcke § 577 A. 7; Str. Koch § 578 A. 3; Sydow Busch § 578 A. 1; Wilm Levy § 540 A. 5.
A. M.: Stein Jonas vor § 578 A. V; Rosenberg § 160 III 2; Baumbach vor § 578 A. 5.
[85]) Baumbach § 577 A. 3.

Art nach unzulässig oder deren Art überhaupt nicht zweifelsfrei feststeht, gelten die allgemein für diesen äußerst strittigen Fragenkomplex entwickelten Regeln. Hierauf wird Bezug genommen. Es sei aber noch kurz darauf hingewiesen, daß sich bei den oben unter 1) gegebenen Begriffsbestimmungen die Art der Wiedereinsetzungsentscheidungen und damit auch das Anfechtungsmittel dagegen stets ohne große Schwierigkeiten feststellen lassen wird. Die Schwierigkeiten tauchen erst auf, wenn das Gericht durch falsche Bezeichnung seiner Entscheidung, durch Anführung falscher Paragraphen usw. die Parteien in Irrtum über die wahre Art der Entscheidung gesetzt hat, was gerade bei Wiedereinsetzungsentscheidungen häufiger vorkommt. Daß durch diese Fehler des Gerichts neben dem der wahren Art der Entscheidung entsprechenden Anfechtungsmittel ein weiteres statthaft wird, das der scheinbaren Art der Entscheidung entspricht, ist abzulehnen. Einer Partei, die infolge des durch das Gericht hervorgerufenen Irrtums das falsche Anfechtungsmittel eingelegt hat, kann durch Umdeutung oder durch Erteilung der Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Frist für die Einlegung des richtigen Anfechtungsmittels geholfen werden.

III. Eine Begründung der Anfechtung ist bei der Berufung, Revision und der Wiederaufnahmeklage erforderlich. Bei der Berufung bietet die Anwendung der die Begründung regelnden Vorschrift des § 519 auf die Wiedereinsetzungsentscheidung keine Schwierigkeiten. Es genügt daher hier eine Bezugnahme auf diese Vorschrift.

Näher ist dagegen auf die Revisionsbegründung einzugehen. Zur Begründung ist bei einer selbständig anfechtbaren Wiedereinsetzungsentscheidung außer den Revisionsanträgen stets die Angabe der verletzten Rechtsnorm erforderlich (§ 554 Abs. 3 Nr. 1 u. 2a). Das Gesetz verlangt aber weiter in gewissen Fällen, nämlich dann, wenn die Revision darauf gestützt wird, daß „das Gesetz in Bezug auf das Verfahren verletzt sei", die Bezeichnung der Tatsachen, welche den Mangel ergeben. Eine solche Verletzung liegt nicht in jeder Verletzung von Verfahrensvorschriften.[86]) Es muß sich vielmehr um eine Verletzung von solchen Vorschriften handeln, die das konkrete zu der angefochtenen Entscheidung gehörige Verfahren regeln.[87]) Den Gegensatz bilden die Entscheidungsnormen,

[86]) Stein Jonas § 559 A. III; FörstKan. § 554 A. 5b aa.
[87]) Schmidt § 126 I 2aβ; SydowBusch § 559 A. 2.

das sind diejenigen Bestimmungen, die angeben, warum, auf Grund welcher Bestimmungen die Entscheidung inhaltlich so wie geschehen erlassen ist. Ist der Wiedereinsetzungsantrag in der angefochtenen Entscheidung abgelehnt, weil er unzulässig oder weil er unbegründet ist, so genügt in beiden Fällen für die Revisionsbegründung die Angabe der verletzten Wiedereinsetzungsbestimmung. Hier in diesem konkreten Verfahren sind bei Abweisung wegen Unzulässigkeit auch die Bestimmungen über die Zulässigkeit des Antrags Entscheidungsnormen; denn sie ergeben den Grund, warum die Verwerfung des Antrags erfolgte. Dagegen würde es zur Revisionsbegründung der Angabe der Tatsachen, die den Mangel ergeben, bedürfen, wenn die Revision nicht auf eine Verletzung von Bestimmungen über die Zulässigkeit und Begründetheit des Antrags gestützt werden soll, sondern auf Verletzung einer anderen Norm, die in dem Wiedereinsetzungsverfahren zur Anwendung gekommen ist, z. B. wenn geltend gemacht werden soll, daß eine Tatsache unter Verletzung von Bestimmungen über die Glaubhaftmachung festgestellt sei. Ist durch die angefochtene Entscheidung die Wiedereinsetzung erteilt, so sind hier Entscheidungsnormen nur die Bestimmungen über die Begründetheit des Antrags. Alle übrigen, hierunter auch die Bestimmungen über die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Antrags, betreffen die Regelung des konkreten Verfahrens und unterfallen daher dem § 554 Abs. 3 Nr. 2 b.

Es ist noch darauf hinzuweisen, daß nach § 566 a Abs. 3 die Sprungrevision nicht auf Mängel des Verfahrens, was gleichbedeutend ist mit Verletzung von Verfahrensnormen in dem hier verwendeten Sinne, gestützt werden kann. Eine trotzdem nur hierauf begründete Sprungrevision ist nicht ordnungsmäßig begründet und daher als unzulässig zu verwerfen.

Bei der unselbständigen Anfechtung einer Wiedereinsetzungsentscheidung mittels Revision bedarf es neben der ordnungsmäßigen Begründung der Hauptentscheidung für den Fall, daß eine Verletzung von Normen über die Zulässigkeit oder Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrags in Frage kommt, in der Regel nicht noch einer besonderen Rüge dieser Bestimmung.

Ist in dem angefochtenen Urteil die versäumte Prozeßhandlung (z. B. die Berufung oder der Einspruch) als unzulässig verworfen, da dem Wiedereinsetzungsantrag nicht

stattgegeben werden konnte, so gehören hier die Wiedereinsetzungsvorschriften zu den Entscheidungsnormen, weil die Entscheidung durch sie inhaltlich bestimmt wird. Die Berücksichtigung der Verletzung von Entscheidungsnormen ist nach § 559 S. 2, wenn die Anfechtung nur anderweit ordnungsmäßig begründet ist, nicht von einer Rüge der Verletzung abhängig.

Wenn sich dagegen die Wiedereinsetzungsvorschriften im konkreten Fall als Verfahrensnormen darstellen — diesen Charakter haben sie stets, sowohl die Vorschriften über die Zulässigkeit wie über die Begründetheit des Antrags, wenn die Wiedereinsetzung erteilt ist und in der Hauptentscheidung sachlich über das durch die versäumte Prozeßhandlung eingeleitete Verfahren entschieden wird — so erfordern sie an sich nach § 559 eine besondere Begründung. Die Ausnahme von diesem Grundsatz für die Wiedereinsetzungsvorschriften gründet sich darauf, daß die Voraussetzungen der Wiedereinsetzung von Amts wegen zu prüfen sind. Das Erfordernis der Amtsprüfung ist zwar nicht ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen, folgt auch nicht daraus, daß bei einigen Fristen, z. B. in den §§ 341, 519b Abs. 1, 554a Abs. 1, 574 ausgesprochen ist, daß das Gericht von Amts wegen zu prüfen hat, ob die Prozeßhandlungen in der gesetzlichen Frist vorgenommen sind; denn im Wiedereinsetzungsverfahren handelt es sich nicht um die Prüfung, ob die gesetzliche Frist innegehalten ist, vielmehr wird die Fristversäumung vorausgesetzt und ihre Heilung erstrebt. Die Prüfung von Amts wegen folgt aber aus dem Zweck, dem die Wiedereinsetzung dient: bestimmte Fristen zu heilen, deren Innehaltung im öffentlichen Interesse liegt, die daher der Abänderung durch Parteivereinbarung entzogen sind. Die Notfristen sind überhaupt nicht abänderlich (§ 223); die übrigen Fristen, gegen deren Versäumung Wiedereinsetzung zulässig ist, können nur vom Vorsitzenden verlängert werden. Die Zulassung der Parteidisposition würde zur Folge haben, daß die Parteien, wenn sie in gegenseitigem Einverständnis handeln, diese Vorschriften gegenstandslos machen könnten. Um dies zu zu vermeiden, ist eine dahingehende Auslegung geboten, daß das Gericht die Voraussetzung des Wiedereinsetzungsantrags stets von Amts wegen zu prüfen hat. [88])

[88]) Stein Jonas § 238 A. I; Baumbach § 238 A. 1; Buder 57; FörstKan § 238 A. 1b; Hergenhahn in Gruch Beitr. 39/362; Kroschel in ZZP. 28/134; Loewenwald § 57; Neu-

In der Revisionsinstanz sind auch ohne besondere Rüge die von Amts wegen zu prüfenden Prozeßvoraussetzungen, auch solche, die nur die Zulässigkeit des Verfahrens früherer Instanzen bedingten, zu beachten,[89]) da es sich hier um unverrückbare Grundlagen des Verfahrens handelt. Hierzu gehören die Wiedereinsetzungsvoraussetzungen in allen den Fällen, in denen gerade durch die versäumte Prozeßhandlung das Verfahren, das nunmehr in der Revisionsinstanz schwebt, in den früheren Instanzen eingeleitet worden ist, somit in allen Fällen, außer wenn der Wiedereinsetzungsantrag die Frist des § 466 betrifft. Nach dem vorangestellten Grundsatz wären also die Voraussetzungen betreffend die Zulässigkeit und Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrags sowohl nach ihrer tatsächlichen wie nach der rechtlichen Seite im Revisionsverfahren von Amts wegen zu prüfen. Es kommt aber eins hinzu. Das Gesetz verlangt zwar eine Prüfung von Amts wegen, weist aber andererseits den Richter an, sich mit einem geringeren Grad der Beweisführung, nämlich der Glaubhaftmachung zu begnügen. Diese Besonderheit gegenüber den anderen von Amts wegen zu prüfenden Tatbeständen, bei denen stets voller Beweis verlangt wird, läßt sich nicht damit begründen, daß das Gesetz den Wiedereinsetzungsfragen nur geringe Bedeutung zuschreibe; dies würde ja vollkommen dem gleichzeitig aufgestellten Erfordernis der Amtsprüfung widersprechen. Eine Begründung läßt sich nur darin finden, daß das Gesetz die Erledigung der Wiedereinsetzungsfrage möglichst beschleunigen wollte. Eine Hinausziehung des Prozesses durch endlose Beweisaufnahmen, für die gerade hier weiter Spielraum wäre, sollte vermieden werden. Diesem Gedanken, durch das Wiedereinsetzungsverfahren das übrige Verfahren möglichst wenig aufzuhalten, würde es widersprechen, wenn nun auch noch das Revisionsgericht von Amts wegen die tatsächlichen Unterlagen der Wiedereinsetzung nachprüfen müßte. Eine solche Verpflichtung darf für das Revisionsgericht bei

---

kamp § 236 A. 2; Petersen § 236 A. 2; Schlaeger 81; Seuffert § 238 A. 2; Str. Koch § 238 A. 3; Weismann § 86 IV 3; Wilm Levy §§ 211 A. 1, 216 A. 2.

[89]) RG. 112/141 ff.; RG. 121/5 f.; Stein, Jonas § 559 A. IV 1; Rosenberg § 149 II 2; Baumbach § 559 A. 2; Freudenthal § 554 A. 12; FörstKan. § 559 A. 2b aa; Heilfron Band II § 6 E II b 1; Kleinfeller §§ 122 III 2, 124 II; Sellner § 559 A. 3; Seuffert § 559 A. 2; Str. Koch § 561 A. 3; SydowBusch § 554 A. 8.

zweckvoller Gesetzesauslegung nicht anerkannt werden. Hierdurch wird aber dem Revisionsgericht nur die Nachprüfung der tatsächlichen Seite der Wiedereinsetzungsvoraussetzungen entzogen. Es verbleibt ihm die Nachprüfung der rechtlichen Seite, auch wenn die Parteien keine Gesetzesverletzung gerügt haben, also die Nachprüfung darüber, ob die Bestimmungen über die Zulässigkeit und Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrages ordnungsmäßig angewendet sind. [90])

Die Nachprüfung der Verletzung anderer im Wiedereinsetzungsverfahren angewandter Vorschriften, z. B. von Vorschriften betreffend die Glaubhaftmachung, hat nur auf besondere Rüge stattzufinden. Desgl., was bereits vorstehend angedeutet ist, die Nachprüfung jeder Gesetzesverletzung im Wiedereinsetzungsverfahren betreffend die Notfrist des § 466. In diesen Fällen sind die verletzten Rechtsnormen und die Tatsachen, welche den Mangel ergeben, zu bezeichnen.

Eine andere Frage ist es, wie die Verletzung von Wiedereinsetzungsvorschriften gerügt werden muß, wenn die Begründung der Anfechtung der Hauptentscheidung einzig hierauf gestützt werden soll. Die Antwort hängt davon ab, welchen Charakter die Wiedereinsetzungsvorschriften im Einzelfall tragen. Stellen sie sich im konkreten Falle als Verfahrensnormen im Sinne des § 554 Abs. 3 Nr. 2 b dar, so ist außer der Angabe der verletzten Rechtsnorm die Angabe der Tatsachen erforderlich, die den Mangel ergeben. In diesen Fällen in eine Sprungrevision wegen § 566 a Abs. 3 unzulässig. Tragen die Wiedereinsetzungsvorschriften im Einzelfall dagegen den Charakter von Entscheidungsnormen, so können die letzteren Angaben fehlen. Eine Sprungrevision kann hier auch auf die Verletzung von Wiedereinsetzungsvorschriften gestützt werden.

Bei den Wiederaufnahmeklagen kann darin, daß der Wiederaufnahmekläger in seiner Klage, also innerhalb der Notfrist des § 586, angeben muß, ob er die Nichtigkeits- oder Restitutionsklage erheben will, eine Begründungslast erblickt werden; denn hierdurch muß er zwar nicht genau welchen Anfechtungsgrund, aber doch angeben, ob er wegen eines schweren Prozeßverstoßes (Nichtigkeitsklage) oder weil die Urteilsgrundlagen unrichtig seien (Restitutionsklage) [91]) anfechten will. Eine weitere

[90]) RG. in HRR. 1930/1154 = RG. in Seuff Arch. 84/131.
[91]) Rosenberg § 160 I.

Begründungslast liegt darin, daß der Anfechtungskläger die Anfechtungsgründe behaupten muß. Geschieht dies nicht, so wird die Klage als unzulässig verworfen. [92])

Für die ordnungsmäßige Begründung der Wiederaufnahmeklage gegen ein Wiedereinsetzungsurteil ist, einerlei ob es sich um eine selbständige oder unselbständige Anfechtung handelt, erforderlich, daß sich der geltend gemachte Anfechtungsgrund auch zur Anfechtung einer Wiedereinsetzungsentscheidung überhaupt eignet. Die Anfechtung dieser Entscheidung kann auf die meisten der in den §§ 579, 580 aufgeführten Wiederaufnahmegründe gestützt werden. Es ist nur ausgenommen der Anfechtungsgrund des § 580 Nr. 1, weil im Wiedereinsetzungsverfahren kein zulässiger Parteieid geleistet werden kann, und der Anfechtungsgrund des § 580 Nr. 7 b, wenigstens soweit, als die Urkunden zum Nachweise von Tatsachen dienen sollen, für die nach § 236 nur Glaubhaftmachung gefordert wird; denn wenn es nicht einmal während des anhängigen Wiedereinsetzungsverfahrens wegen der hierdurch entstehenden Prozeßverzögerung möglich ist, Urkunden zu verwenden, die sich in Händen des Gegners oder einer dritten Person befinden und für die ein besonderes Vorlegungsverfahren angeordnet werden müßte, so kann es auch nicht möglich sein, erst später aufgefundene oder verwendbar gewordene Urkunden zur Grundlage für ein Wiederaufnahmeverfahren zu machen.

§ 7. Das Wiedereinsetzungs-Anfechtungsverfahren.

I. Das Wiedereinsetzungs-Anfechtungsverfahren erfordert wie alle Anfechtungsverfahren eine Prüfung über die Zulässigkeit und Begründetheit des im Anfechtungsverfahrens gestellten Begehrens. Bei der Prüfung der Wiederaufnahmeklage sind sogar 3 Stadien zu unterscheiden: die Prüfung der Zulässigkeit der Klage, die des Anfechtungsgrundes und schließlich die Prüfung, ob die frühere Wiedereinsetzungsentscheidung inhaltlich zu ändern ist. Es kann, falls dies für das Anfechtungsverfahren überhaupt möglich ist, also im Berufungs-, Revisions-, Wiederaufnahme- und Einspruchsverfahren ein Versäumnisverfahren stattfinden. Es ist hierbei aber zu berücksichtigen, daß die Voraussetzungen der Zulässigkeit und Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrages stets von Amts wegen zu prüfen sind, hierdurch also die Geständnisfiktion des § 331

[92]) Stein Jonas vor § 578 A. III 1; Rosenberg § 161 III 2

Abs. 1 ausgeschlossen wird. Weiter können das Verfahren bei der Entscheidung nach Lage der Akten (§§ 251 a, 331 a), das Verfahren ohne mündliche Verhandlung (§§ 7 u. 8 Entlastungs V. O.) und das Schiedsurteilsverfahren (§§ 18 u. 19 Entlastungs V. O.) Anwendung finden. Es sei darauf hingewiesen, daß das Schiedsurteilsverfahren nur bei Rechtsstreitigkeiten möglich ist, über deren Gegenstand die Parteien einen Vergleich zu schließen berechtigt sind, also nicht, wenn nur die von Amts wegen zu prüfende Wiedereinsetzungsfrage Streitgegenstand des Anfechtungsverfahrens ist. Wenn also z. B. durch Endurteil in erster Instanz der Wiedereinsetzungsantrag gegen die Versäumung der Einspruchsfrist abgelehnt worden ist, nachdem bereits vorher der Einspruch als unzulässig verworfen war, so kann über die Berufung gegen diese Entscheidung nicht im Schiedsurteilsverfahren entschieden werden. Es können ferner die Anfechtungsverfahren auch als besondere Prozeßarten, als Urkundenprozeß, Eheprozeß usw. laufen. In allen Fällen finden aber auf die Anfechtungsverfahren über die Wiedereinsetzungsentscheidungen im allgemeinen die Vorschriften Anwendung, die für die betreffende Anfechtungsart allgemein gelten. Auf diese Vorschriften wird Bezug genommen. Nachstehend werden nur die Besonderheiten der Wiedereinsetzungs-Anfechtungsverfahren zur Darstellung gebracht. Sie beziehen sich einmal auf das Verhältnis dieser Verfahren zu dem gesamten vor dem Anfechtungsgericht anhängigen Verfahren (II,) weiter auf die tatsächliche und rechtliche Prüfung der Wiedereinsetzungsfrage (III).

II. Die Beantwortung der Frage, wann der Wiedereinsetzungsantrag Streitgegenstand des gesamten beim Anfechtungsgericht anhängigen Verfahrens ist und wie sich in den übrigen Fällen das Verhältnis des Wiedereinsetzungs-Anfechtungsverfahrens zu den sonstigen Verfahren stellt, hängt davon ab, ob die angefochtene Wiedereinsetzungsentscheidung im Haupt- oder Anschlußverfahren ergangen ist. Unter „Anschlußverfahren" wird hier das durch den Wiedereinsetzungsantrag eingeleitete Verfahren verstanden, das sich an das bereits durch eine, wenn auch noch nicht rechtkräftige Endentscheidung beendigte Verfahren in der Sache selbst (im Folgenden „Hauptverfahren" genannt) anschließt. So ist z. B. das durch den Antrag auf Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Frist des § 586 eingeleitete Verfahren dann, wenn die

Wiederaufnahmeklage bereits als unzulässig verworfen worden ist, ein Anschlußverfahren in dem hier verwendeten Sinne. Ist der Wiedereinsetzungsentscheidung dagegen vor oder mit der Entscheidung über die Wiederaufnahmeklage ergangen, so liegt eine Entscheidung im Hauptverfahren vor.

Bei der Anfechtung einer Wiedereinsetzungsentscheidung im Hauptverfahren ist Streitgegenstand des gesamten vor dem Anfechtungsgericht schwebenden Verfahrens nicht der Wiedereinsetzungsantrag, sondern der in der angefochtenen Entscheidung zu- oder aberkannte prozessuale Anspruch. Der Wiedereinsetzungsantrag ist nur ein Streitpunkt, dessen Behandlung zur Entscheidung über den Streitgegenstand erforderlich ist. Daher wird auch die Zulässigkeit einer den prozessualen Anspruch betreffenden Prozeßhandlung etwa einer Klagrücknahme oder einer Klangänderung durch das Wiedereinsetzungs-Anfechtungsverfahren nicht berührt.

Das Verhältnis des Wiedereinsetzungsverfahren zu den übrigen Verfahren wird durch § 238 Abs. 1 S. 1, der auch im Anfechtungsverfahren gilt, geregelt. Ueber den prozessualen Anspruch könnte, falls, abgesehen von der Notfrist des § 466, eine der im § 233 erwähnten Fristen versäumt worden ist, an sich zur Hauptsache erst dann verhandelt werden, wenn die Wiedereinsetzung erteilt worden ist; denn erst durch diese Entscheidung wird die Fristversäumung geheilt, ein Ergebnis, das besonders in den Fällen, in denen keinerlei Bedenken gegen die Erteilung der Wiedereinsetzung bestehen, unzweckmäßig sein würde. Dem hat das Gesetz durch § 238 Abs. 1 S. 1 Rechnung getragen, der vorschreibt, daß das Verfahren über den Antrag mit dem über die nachgeholte Prozeßhandlung zu verbinden ist. Dies bedeutet, daß auch vor Erledigung des Wiedereinsetzungsverfahrens über den prozessualen Anspruch zur Hauptsache zu verhandeln ist, also daß eine Sachverhandlung, in ihrer Zulässigkeit allerdings bedingt durch die Erteilung der Wiedereinsetzung [93]) vor Heilung der Fristversäumung möglich ist. Nach § 238 Abs. 1 S. 2 kann das Gericht das Verfahren zunächst auf die Verhandlung und Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag beschränken.

Bei der Behandlung des Verfahrens über die Anfechtung einer im Anschlußverfahren ergangenen

[93]) Stein Jonas § 238 A. II.

Wiedereinsetzungsentscheidung sind die Fälle, in denen die Entscheidung über die Wiedereinsetzung u n d die Hauptsache bei einem und demselben Gericht liegt, von denen zu unterscheiden, wo verschiedene Gerichte zu erkennen haben. Dies ist im Berufungs-, Revisions- und Beschwerdeverfahren möglich, wenn nur das Verfahren über den Wiedereinsetzungsantrag devolviert ist, also wenn die erstinstanzliche Entscheidung auf Ablehnung des Wiedereinsetzungsantrags lautet. Das Hauptverfahren wird hier durch die Anfechtung der Wiedereinsetzungsentscheidung überhaupt nicht berührt. Es läuft nach Erteilung der Wiedereinsetzung durch das Anfechtungsgericht in der früheren Instanz weiter. Als Beispiele dafür, daß nur e i n Gericht zu entscheiden hat, sei angeführt: in erster Instanz ist nach Erteilung der Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Einspruchsfrist sachlich entschieden. Gegen dieses Urteil wird Berufung eingelegt. Zur Entscheidung des Berufungsgericht stehen die Wiedereinsetzungsfrage u n d die Hauptsache.

Streitgegenstand des vor dem Anfechtungsgericht schwebenden Verfahrens ist, einerlei ob ein oder mehrere Gerichte zu entscheiden haben, das Wiedereinsetzungsbegehren. Wenn die Entscheidung aber nur e i n e m Gericht obliegt, kommt noch ein b e d i n g t e r Streitgegenstand hinzu. Wird die Wiedereinsetzung in dem Anfechtungsverfahren, sei es entgegen oder in Bestätigung der angefochtenen Entscheidung, erteilt, so fällt damit die frühere, die versäumte Prozeßhandlung als unzulässig verwerfende Entscheidung fort. Als Streitgegenstand lebt nunmehr wieder der durch diese Entscheidung erledigte prozessuale Anspruch auf. An sich würde es nicht möglich sein, vor Erteilung der Wiedereinsetzung über diesen prozessualen Anspruch zu verhandeln. Hier trifft wieder der § 238 Abs. 1 S. 1 zu. Wenn auch nur der Wiedereinsetzungsantrag Streitgegenstand des Anschlußverfahrens ist, so berücksichtigt das Gesetz doch das spätere durch die Erteilung der Wiedereinsetzung bedingte Aufleben des alten Streitgegenstandes und läßt eine gleichzeitige Verhandlung über den Wiedereinsetzungsantrag u n d über die Hauptsache zu. Streitgegenstand des Anfechtungsverfahrens ist das Wiedereinsetzungsbegehren. Daneben ist aber als bedingter Streitgegenstand der in dem Hauptverfahren geltend gemachte prozessuale Anspruch vorhanden. Dies zeigt seine Wirkung bei der Frage der Zulässigkeit einer sich auf den prozessua-

len Anspruch beziehenden Prozeßhandlung, z. B. einer Klagrücknahme, eines Klaganerkenntnisses etc. Werden diese Prozeßhandlungen in dem Anschlußverfahren vorgenommen, so ist ihre Zulässigkeit dadurch bedingt, daß die Wiedereinsetzung erteilt wird.

Hat das Anfechtungsgericht n u r über das Wiedereinsetzungsbegehren zu entscheiden, weil das Verfahren über die Hauptsache nach Erteilung der Wiedereinsetzung in der früheren Instanz weiterlaufen würde, so ist eine Anwendung des § 238 Abs. 1 S. 1 und damit die Annahme eines bedingten Streitgegenstandes unmöglich. Dies hat zur Folge, daß in dem Anfechtungsverfahren nur Prozeßhandlungen vorgenommen werden können, die die Wiedereinsetzung betreffen. Es ist daher eine Klageänderung, ein Klaganerkenntnis, die Erhebung neuer Ansprüche usw. unzulässig.

III. In den Wiedereinsetzungs-Anfechtungsverfahren hat in der Regel eine erneute Prüfung der Wiedereinsetzungsfrage sowohl nach der tatsächlichen wie nach der rechtlichen Seite hin zu erfolgen. Die besonderen hierauf bezüglichen Gesetzesbestimmungen, welche nicht nur im Anfechtungsverfahren, sondern in gleicher Weise bei der erstmaligen Prüfung zur Anwendung kommen, lassen sich gerade am übersichtlichsten in Bezug auf diese Prüfung darlegen. So werden denn auch im Folgenden diese Vorschriften zunächst unter a) ohne Bezugnahme auf ein Anfechtungsverfahren entwickelt. Dieser Abschnitt wird dann unter b) in Bezug auf die Anfechtungsverfahren ergänzt.

a) Nach § 236 Abs. 1 Nr. 1 sind in dem Wiedereinsetzungsantrage oder wenigstens innerhalb der Frist des § 234 dem Gericht die die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen anzugeben. Nur diese Tatsachen sind bei der Entscheidung über die Wiedereinsetzung zu berücksichtigen. [94]) Ein Nachbringen von anderen die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen ist bei der zwingenden Vorschrift:

---

[94]) RG. 16/368 ff.; RG. 31/400 ff; RG. 38/387 ff.; RM. 129/174; RG. in Soergel 17/490; R G. in Recht 1921/2830; R G. in JW. 1930/2704 Nr. 32; R G. in J W. 1931/1797 Nr. 8; OLG. Colmar in Rspr. OLG. 25/87; S t e i n J o n a s § 236 A. III; R o s e n b e r g § 77 II 3 a β; B a u m b a c h § 236 A. 2; B u d e r S. 56; F ö r s t K a n. §236 A. 3 a; H e r g e n h a h n Gruch Beitr. 39/358 f.; P e t e r s e n § 236 A. 2; S k o n G e l p c k e § 236 A. 4; S t r. K o c h § 236 A. 2; S y d o w B u s c h § 236 A. 2, W e i s m a n n § 86 IV 1; W i l m L e v y § 214 A. 2.

der Antrag „muß" enthalten, unmöglich. Durch die Angaben soll eine feste Grundlage geschaffen werden, auf der sich das Wiedereinsetzungsverfahren schnell und sicher abwickeln kann. Daher sind auch wesentliche Ergänzungen der Wiedereinsetzungsgründe nicht möglich.[95]) Wohl aber ist mit der herrschenden Meinung aus Billigkeitsgründen die Berücksichtigung von offenkundigen oder aus den Gerichtsakten ersichtlichen Tatsachen zu verlangen, auch wenn der Antragsteller sie in seinem Antrag nicht angegeben hat.[96])

Innerhalb der Frist des § 234 ist weiter die Angabe der Mittel zur Glaubhaftmachung der die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen zu machen (§ 236 Abs. 1 Nr. 2). Die Glaubhaftmachung selbst kann später geschehen.[97]) An und für sich steht auch hier der Wortlaut des § 236 einer Nachbringung weiterer Mittel zur Glaubhaftmachung entgegen. Eine Ausnahme ist jedoch zu machen. Die vom Antragsteller geführte Glaubhaftmachung kann vom Antraggegner bekämpft werden. Welcher Behauptungen und welcher Beweismittel er sich hierbei bedient, ist für den Antragsteller, wenigstens zur Zeit der Antragstellung, kaum voraussehbar. Er kann sich daher hiergegen auch nicht durch vorbeugende Benennung weiterer Mittel zur Glaubhaftmachung im Antrag schützen. Es könnte so vorkommen, daß eine Glaubhaftmachung, die mit den im Antrag benannten Mitteln an sich durchaus gelingen würde, scheitern muß, obgleich der Antragsteller mit neuen Beweismitteln das nur schwache, aber nicht voraussehbare Gegenvorbringen sofort hätte entkräften können. Dieses unbillige Ergebnis muß vermieden werden. Der eine Teil darf den Handlungen des anderen nicht mit gebundenen Händen gegenüberstehen. Daher ist dem Antragsteller die

---

[95]) RG. in JW. 1921/466 Nr. 8 = RG. in Recht 1921/598 = RG. in Soergel 22/182; Skon Gelpcke § 236 A. 4; Sydow Busch § 236 A. 2; Warneyer § 236 A. 7.

[96]) RG. 38/387 ff. = JW. 1896/654 Nr. 5; RG. in Soergel 9/484; RG. in Recht 1918/258; RG. in Recht 1921/2830; RG. 131/261 ff = JW. 1931/1799 Nr. 11; OLG. Rostock in MecklZ. 18/217 f.; Stein Jonas § 236 A. III Baumbach § 236 A. 2; Skon Gelpcke § 236 A. 4 Sydow Busch § 236 A. 2.

[97]) RG. 78/121 ff.; RG. in JW. 1909/315 Nr. 14; RG. in BayrRZ. 1925/132; Stein Jonas § 236 III zu Nr. 2; Rosenberg § 77 II 3 β; Skon Gelpcke § 236 A. 5.

Möglichkeit zuzubilligen, zur Bekämpfung eines Gegenvorbringens neue Beweismittel geltend zu machen. [98])

Aus dem Erfordernis, im Antrag die Mittel zur Glaubhaftmachung, nicht aber zum Beweise anzugeben, folgt, daß für die Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag nicht voller Beweis der die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen erbracht zu werden braucht, sondern daß sich das Gericht mit einer Glaubhaftmachung zu begnügen hat. [99])

Die Beweisaufnahme bei der Glaubhaftmachung ist nur statthaft, wenn sie „sofort" erfolgen kann (§ 294 Abs. 2). Dies bedeutet nicht, daß sie sofort bei Stellung des Antrags oder bei einer etwa stattfindenden mündlichen Verhandlung sofort beim Beginn der mündlichen Verhandlung oder zum mindesten in der ersten mündlichen Verhandlung über den Wiedereinsetzungsantrag muß erfolgen können. Das Tatbestandsmerkmal „sofort" bezieht sich überhaupt nicht darauf, daß die Beweisaufnahme in einem bestimmten Zeitpunkt des Wiedereinsetzungsverfahrens vorgenommen sein muß. So ist vielmehr im schriftlichen Verfahren bis zur Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag möglich. [100]) Auch die erst nach Ablauf der Frist des § 234 eingereichten Beweisurkunden sind, wenn die sonstigen Voraussetzungen gegeben sind, als Beweismittel zu berücksichtigen. Dasselbe muß aber auch für ein Verfahren gelten, in dem eine obligatorische oder fakultative mündliche Verhandlung stattfindet. Solange das Wiedereinsetzungsverfahren für die Instanz noch nicht durch eine Entscheidung erledigt ist, ist auch hier eine Beweisaufnahme möglich. Dagegen wäre es Willkür, irgend einen festen Zeitpunkt im Wiedereinsetzungsverfahren zu bestimmen, von dem an die Beweisaufnahme unstatthaft sein soll. Der § 294 Abs. 2 läßt sich vielmehr nur dahin auslegen: diejenigen Beweisaufnahmen, die nicht sofort nach ihrer Anordnung stattfinden könnten, sind unstatthaft, dürfen daher weder angeordnet noch ausgeführt werden. Was im gewöhnlichen Beweisverfahren nach § 357 a möglichst anzustreben ist, die sofortige Beweisaufnahme nach der Anordnung, wird hier als Voraussetzung für die

[98]) OLG. Celle in Soergel 17/490 = Rspr. OLG. 31/39; Stein Jonas 236 A. III zu Nr. 2.

[99]) Buder S. 50; Hergenhahn in Gruch Beitr. 39/359; Wilm Levy § 214 A. 4.

[100]) FörstKan. § 236 A. 3 b.

Statthaftigkeit der Beweisaufnahme überhaupt aufgestellt. Nur die von den Parteien im Termin beigebrachten Beweismittel dürfen Berücksichtigung finden.[101]) Daher ist eine Beweisaufnahme durch einen beauftragten oder ersuchten Richter unstatthaft.[102]) Urkunden dürfen nicht erst beschafft werden.[103]) Zeugen und Sachverständige müssen zur Stelle sein.[103])

Eine Beweisaufnahme ist nur dann erforderlich, wenn der Richter nicht bereits aus anderen Gründen die behaupteten Tatsachen für glaubhaft hält.[104]) So ist sie auch im Wiedereinsetzungsverfahren überflüssig, wenn die Tatsachen offenkundig sind. Dagegen reicht es hier infolge der Verpflichtung des Gerichts, die Voraussetzungen für die Zulässigkeit und Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrags von Amts wegen zu prüfen, nicht aus, wenn der Antraggegner die Tatsachen zugesteht oder nicht bestreitet. Die Amtsprüfung schließt die Anwendung der §§ 288, 138 Abs. 2 aus. Es steht aber nichts im Wege, daß der Richter bei besonders gelagerten Fällen aus dem Geständnis oder dem Nichtbestreiten durch den Gegner den Schluß auf die Wahrheit der zugestandenen Tatsachen zieht.

Die rechtliche Prüfung der Wiedereinsetzungsfrage besteht in der Prüfung, ob die festgestellten Tatsachen unter die Bestimmungen fallen, die die Zulässigkeit und Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrags regeln. Besondere Auslegungsschwierigkeiten, die zahlreiche höchstrichterliche Entscheidungen erforderlich machten, bereiten hier der Begriff des unabwendbaren Zufalls in § 233 und die Bestimmung des Fristbeginns nach § 234 Abs. 2. Hierauf ist aber im Rahmen dieser Untersuchung nicht näher einzugehen. Zu erwähnen ist noch, daß das Gericht auch im Wiedereinsetzungsverfahren nicht an die von den Parteien vorgebrachten rechtlichen Gesichtspunkte gebunden ist, sondern die rechtliche Prüfung selbständig nach allen möglichen rechtlichen Gesichtspunkten vorzunehmen

---

[101]) Baumbach § 294 A. 4; Buder 49; Fischer § 47; Först Kan § 294 A. 2; SkonGelpcke § 236 A. 8.

[102]) Hergenhahn in GruchBeitr. 39/359; Neukamp § 294 A. 2c; Petersen § 294 A. 2; SkonGelpcke § 294 A. 8; WilmLevy § 266 A. 4.

[103]) Stein Jonas § 294 A. IV; Rosenberg § 113 I 2bβ; Baumbach § 294 A. 4; Barella S. 49,53; Hellwig System § 206 I 2; Kisch II § 17 Nr. 7; Reincke § 294 A. d; Weismann § 82 III 2b.

[104]) Buder S. 50; SkonGelpcke § 236 A. 5.

hat.[105]) Stützt der Antragsteller z. B. seinen Antrag auf § 233, erfüllen die vorgebrachten Tatsachen zwar nicht diesen Tatbestand, wohl aber den des § 235, so ist aus diesem Grunde die Wiedereinsetzung zu erteilen.

b) Die vorstehenden Ausführungen können ohne weiteres auf das Berufungsverfahren über eine Wiedereinsetzungsentscheidung übertragen werden. Hier findet eine erneute tatsächliche und rechtliche Prüfung der Wiedereinsetzungsfrage statt. Die Beweisaufnahmen der ersten Instanz wirken fort.[106]) Das Berufungsgericht kann jedoch nach seinem Ermessen die Beweisaufnahme mit derselben Einschränkung wie in der Vorinstanz, daß nur eine sofortige, also eine Beweisaufnahme mit herbeigeschafften Beweismitteln statthaft ist, jederzeit wiederholen. Andere als die im Wiedereinsetzungsantrag oder innerhalb der Frist des § 234 dem Gericht zur Begründung der Wiedereinsetzung mitgeteilten Tatsachen dürfen auch in der Berufungsinstanz trotz § 529 Abs. 1 nicht berücksichtigt werden,[107]) auch dann nicht, wenn das erstinstanzliche Gericht in unzulässiger Weise andere Tatsachen in seiner Entscheidung berücksichtigt haben sollte. Dasselbe gilt für Beweismittel, die der Antragsteller nicht in seinem Antrag angegeben hat. Das für die Wiedereinsetzung gegebene Verbot des Nachschiebens neuer Tatsachen und Beweismittel geht als lex specialis dem § 529 Abs. 1 vor. Sollte dagegen das Beweismittel zwar im Wiedereinsetzungsantrag benannt sein, aber in erster Instanz, etwa weil der Beweisführer es nicht herbeischaffen konnte, nicht benutzt sein, so steht abgesehen von der Zurückweisungsbefugnis nach § 529 Abs. 2 u. 3 nichts entgegen, daß im Berufungsverfahren nunmehr die Beweisaufnahme mit diesem Beweismittel vorgenommen wird. Ein Ausschluß hiermit ist durch das im ersten Verfahren ergangene Urteil nicht erfolgt. Neue, nicht im Wiedereinsetzungsantrag aufgeführte Beweismittel können vom Antragsteller nur zur Entkräftigung eines Gegenvorbringens vorgebracht werden.

---

[105]) RG. in JW. 1911/329 Nr. 27 = Soergel 12/573; Warneyer § 235 A. 5.

[106]) Stein Jonas § 526 A. II; Rosenberg § 143 II; 2 a β; Baumbach § 526 A. 3; Fitting § 82 V; Weismann § 99 III 4.

[107]) RG. 16/368 ff.; Buder S. 62; Hergenhahn in Gruch Beitr. 39/358 f.; Petersen § 236 A. 2; Seuffert § 236 A. 1 b α; Str. Koch § 236 A. 2; Warneyer § 236 A. 4.

Ebenso wie im Berufungsverfahren findet im Beschwerde- und Einspruchsverfahren eine erneute Prüfung der Wiedereinsetzungsfrage nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite hin statt, bei der ebenfalls die unter a) aufgeführten Besonderheiten Anwendung zu finden haben. [108]) Im Wiederaufnahmeverfahren ist zunächst zu prüfen, ob die Wiedereinsetzungsentscheidung von den Anfechtungsgründen betroffen wird. Soweit dies bejaht wird, ist sodann auch hier in eine erneute tatsächliche und rechtliche Prüfung der Wiedereinsetzungsfrage einzutreten.

Im Gegensatz zu diesen Verfahren hat das Revisionsgericht nicht eine erneute Prüfung, sondern nur eine Nachprüfung der vorinstanzlichen Wiedereinsetzungsentscheidung vorzunehmen, und zwar nur daraufhin, ob sie auf einer Gesetzesverletzung beruhe. Stets ist in einem zulässigen Revisionsverfahren auch ohne besondere Rüge die rechtliche Prüfung vorzunehmen, ob die Wiedereinsetzungsvorschriften über die Zulässigkeit und Begründetheit von der Vorinstanz beachtet worden sind. Dies folgt, wie auf S. 35 u. 36 ff. bereits im einzelnen ausgeführt ist, daraus, daß die Wiedereinsetzungsvoraussetzungen der Prüfung von Amts wegen unterliegen. Nicht aber sind im Revisionsverfahren wie sonst bei von Amts wegen zu prüfenden Tatbeständen die Wiedereinsetzungsvoraussetzungen auch nach der tatsächlichen Seite hin nachzuprüfen. [109]) Das Revisionsgericht hat die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz zugrunde zu legen. Nur auf besondere Rüge erfolgt die Nachprüfung, ob andere als die Bestimmungen über die Zulässigkeit und Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrags verletzt sind, besonders ob bei der Feststellung der Wiedereinsetzungstatsachen Gesetzesverletzungen vorgekommen sind.

§ 8. Die Beendigung des Wiedereinsetzungs-Anfechtungsverfahrens.

Das Wiedereinsetzungs-Anfechtungsverfahren wird in der Regel durch eine gerichtliche Entscheidung beendet. Es ist aber auch möglich, daß es sich durch Parteihandlungen oder andere Ereignisse erledigt.

---

[108]) z. B. für das Beschwerdeverfahren: R G. inJ W 1930/2704 Nr. 32.
[109]) s. S. 35 u. 36 f.

I. Beendigung ohne gerichtliche Entscheidung.

Das Wiedereinsetzungs-Anfechtungsverfahren über eine im Anschlußverfahren ergangene Entscheidung wird einmal durch die Rücknahme der Anfechtung, die bei sämtlichen der hier in Frage kommenden Anfechtungsarten möglich ist, beendet. Hierfür gelten gegenüber den allgemein für die Rücknahme des betreffenden Anfechtungsmittels überhaupt geltenden Vorschriften keine Besonderheiten.

Weiter wird es durch die Rücknahme des Wiedereinsetzungsantrags erledigt. Anträge, gleich welchen Inhalts, sind zurücknehmbar,[110]) es sei denn, daß dies ausnahmsweise durch eine gesetzliche Bestimmung ausgeschlossen wird. Die Rücknahme ist regelmäßig bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag zulässig, daher auch noch im Anfechtungsverfahren möglich; denn da der Antrag nach der Anfechtung von neuem der Entscheidung des Gerichts untersteht, liegt im allgemeinen kein Grund vor, ihn nunmehr der vorher gegebenen Parteiherrschaft entziehen zu wollen. Da für den Wiedereinsetzungsantrag die Rücknahme durch gesetzliche Bestimmungen weder allgemein noch im besonderen für die Anfechtungsverfahren ausgeschlossen ist, bestehen gegen ihre Zulässigkeit keine Bedenken. In der Regel ist die Rücknahme eines Antrags ohne Einwilligung des Antragsgegners möglich. Eine Ausnahme besteht bei der Klage, der Berufung, Revision und dem Einspruch (§§ 271 Abs. 1, 515 Abs. 1, 566, 346). Hier ist zu einer ordnungsmäßigen Rücknahme von einem bestimmten Zeitpunkt an die Einwilligung des Beklagten, Berufungsbeklagten usw. erforderlich. Eine Anwendung dieser Vorschriften auf die entsprechenden Wiedereinsetzungsanträge wird durch das Gesetz zwar nicht ausdrücklich bestimmt; es liegt aber im Sinne der vom Gesetz verfolgten Tendenz der möglichsten Angleichung der Vorschriften über den Wiedereinsetzungsantrag an die über die nachgeholte Prozeßhandlung, daß die Rücknahme des Wiedereinsetzungsantrags in den genannten Fällen denselben Beschränkungen unterliegt, wie die Rücknahme der nachgeholten Prozeßhandlung.[111]) Mit ordnungsmäßiger

---

[110]) Rosenberg § 60 I 1; Hellwig System § 146 IV.
[111]) Buder S. 70 ff.

Rücknahme des Antrags wird eine bereits erteilte Wiedereinsetzung hinfällig. Ueber den etwa vorhandenen bedingten Streitgegenstand kann nicht mehr entschieden werden, da die Bedingung, die Erteilung der Wiedereinsetzung, nicht mehr eintreten kann. Die Kosten des Anschlußverfahrens trägt der Antragsteller auf Grund des aus den §§ 271 Abs. 3, 515 Abs. 3 abzuleitenden Grundsatzes daß derjenige, der den ein Verfahren einleitenden Antrag zurücknimmt, die durch den Antrag entstandenen Kosten zu tragen hat. Auf Antrag des Antraggegners kann diese Verpflichtung durch eine besondere Entscheidung ausgesprochen werden, was sich ebenfalls aus analoger Anwendung der §§ 271 Abs. 3, 515 Abs. 3 ergibt.

Eine weitere Beendigungsmöglichkeit des Wiedereinsetzungs-Anfechtungsverfahrens gegen eine im Anschlußverfahren ergangene Entscheidung ergibt sich daraus, daß die Parteien das Verfahren, wenn es gegenstandslos geworden ist, für erledigt erklären können.[112]) Gegenstandslos kann das Wiedereinsetzungsverfahren einmal dadurch werden, daß durch eine Gesetzesänderung die Wiedereinsetzungsgründe geändert werden. Weiter dadurch, daß sich das Hauptverfahren während des Wiedereinsetzungsverfahrens endgültig erledigt, etwa durch eine ordnungsmäßige Klagrücknahme oder dadurch, daß die Parteien das Hauptverfahren in zulässiger Weise für erledigt erklären oder es durch einen Prozeßvergleich beenden. Wenn sich auch das Wiedereinsetzungsverfahren selbständig an das Hauptverfahren anschließt, so ist es doch nicht vollkommen von ihm unabhängig. Ist das Hauptverfahren, wie auch immer die Entscheidung über die Wiedereinsetzung ausfallen mag, erledigt, so würde diese Entscheidung überflüssig sein; sie würde nur eine unnötige Arbeitslast der Gerichte darstellen. Solche überflüssigen Entscheidungen möglichst zu vermeiden, muß aber das Ziel jeder sinnvollen Auslegung von Verfahrensgesetzen sein. Daher wird man unbedenklich mit der endgültigen Erledigung des Hauptverfahrens das Wiedereinsetzungsverfahren als gegenstandslos ansehen können. Erklären die Parteien es hierauf für erledigt, so wird es hierdurch in der Hauptsache beendet. Es ist dann nur noch über die Kosten zu entscheiden. Eine Entscheidung über den eventl. vorhandenen bedingten Streitgegenstand ist wegen Ausfalls der Bedingung unmöglich. Es

[112]) Rosenberg § 132 I 2c α.

sei noch besonders betont, daß das Vorstehende nur gilt, wenn das Hauptverfahren durch die Klagrücknahme, Erledigungserklärung usw. auch wirklich endgültig beendet ist. Werden diese Erklärungen im Anschlußverfahren abgegeben, wo sie höchstens als bedingte wirken können, [113]) so wird durch sie weder das Hauptverfahren erledigt, noch das Wiedereinsetzungsverfahren gegenstandslos. Es ist in diesen Fällen das Wiedereinsetzungsverfahren stets bis zur Entscheidung fortzuführen.

Das Wiedereinsetzungs-Anfechtungsverfahren gegen eine Entscheidung im Hauptverfahren endigt durch die Erledigung dieses Verfahrens. Die auch hier zulässige Rücknahme des Wiedereinsetzungsantrags beendigt dagegen nur das Wiedereinsetzungsverfahren. Das Hauptverfahren läuft weiter. Es ist jedoch jetzt die nicht mehr heilbare Fristversäumung zu berücksichtigen, so daß das Hauptverfahren nunmehr in der Regel sofort entscheidungsreif sein wird.

II. Beendigung durch gerichtliche Entscheidung.

Auf die Entscheidungen, durch die ein Wiedereinsetzungs-Anfechtungsverfahren beendet wird, finden in der Regel diejenigen Vorschriften Anwendung, die auch sonst für Entscheidungen gelten, die Anfechtungsverfahren beenden. Ob ein Urteil oder ein Beschluß, eine Zwischen- oder Endentscheidung zu ergehen hat, ob auch über die Kosten zu entscheiden ist, ob die Entscheidungen unabänderlich sind usw., alle diese Fragen sind wie bei sonstigen Anfechtungsverfahren zu lösen. Die Zulässigkeit der weiteren Anfechtung der Wiedereinsetzung-Anfechtungsentscheidung bestimmt sich nach den im § 6 behandelnden Anfechtungsvoraussetzungen. Im allgemeinen wird auch hier, soweit nicht die folgenden Ausführungen näher auf die Einzelfragen eingehen, eine Bezugnahme auf die allgemeinen Vorschriften ausreichen.

Das Wiedereinsetzungs-Anfechtungsverfahren kann einmal durch eine Entscheidung beendet werden, die auch wirklich erneut über die Wiedereinsetzungsfrage entscheidet: unter Aufhebung des erstinstanzlichen den Wiedereinsetzungsantrag ablehnenden Urteils wird z. B. in der Berufungsinstanz die Wiedereinsetzung erteilt. Dann ist

---

[113]) s. S. 41.

aber auch eine Beendigung durch eine Entscheidung möglich, die sich mit der Wiedereinsetzungsfrage überhaupt nicht befaßt. Es handelt sich hier um solche Entscheidungen, die als Entscheidungen die Instanz und damit auch das Verfahren über einzelne Streitpunkte erledigen, auch wenn der Streitpunkt in der Entscheidung, sei es absichtlich oder unabsichtlich, vollkommen übergangen ist. Dieses ist durchaus nicht immer unzulässig. Es ist von dem Gesichtspunkt auszugehen, daß nichts Ueberflüssiges in eine Entscheidung hinein genommen werden darf. So wäre es z. B. überflüssig, erneut über die nur einen Streitpunkt des Verfahrens darstellende Wiedereinsetzungsfrage zu entscheiden, wenn die Richtigkeit der in der Vorinstanz hierüber getroffenen Entscheidung außer jedem Zweifel steht. In dem Anfechtungsverfahren hat sich weder eine Partei gegen die Entscheidung gewehrt, noch hat das Gericht von sich aus die Wiedereinsetzungsfrage zur erneuten Behandlung gestellt. Ein erneutes Eingehen auf die Wiedereinsetzungsfrage, auch wenn es nur in einem kurzen Hinweis auf die in der Vorinstanz getroffene Entscheidung besteht, würde die Entscheidung ohne Grund nur unübersichtlicher machen und daher die Güte der Entscheidung herabsetzen. Das Gleiche trifft zu, wenn bei einer unselbständig anfechtbaren Wiedereinsetzungsentscheidung die Anfechtung der Hauptentscheidung als unzulässig verworfen wird. Hier braucht nicht noch überflüssigerweise in der Entscheidung auf die selbstverständliche Folge hingewiesen zu werden, daß infolge Unzulässigkeit der Anfechtung der Hauptentscheidung nunmehr auch sämtliche Anfechtungsverfahren über einzelne Streitpunkte, hierunter auch das Wiedereinsetzungs-Anfechtungsverfahren unzulässig sind. Wann auf die Wiedereinsetzungsfrage einzugehen ist, hängt vollkommen vom Einzelfall ab. Es kommt darauf an, ob hierdurch dem Zwecke, eine möglichst klare, von allem überflüssigen Beiwerk freie, aber doch erschöpfend begründende Entscheidung zu schaffen, gedient wird. Manchmal kann es daher auch zweckmäßig sein, in der Anfechtungsentscheidung nur auf einen Einzelpunkt der Wiedereinsetzungsfrage, etwa darauf, ob die Frist des § 234 innegehalten ist, einzugehen.

Ist das Wiedereinsetzungs-Anfechtungsverfahren unzulässig, d. h. liegen nicht die Voraussetzungen vor, unter denen erneut über die Wiedereinsetzungserteilung verhandelt und entschieden werden darf, so ist bei einer selb-

ständig anfechtbaren Wiedereinsetzungsentscheidung das Anfechtungsmittel als unzulässig zu verwerfen. Bei der Wiederaufnahmeklage ist die neue Verhandlung und neue Entscheidung über die Wiedereinsetzungsfrage auch unzulässig, wenn der geltend gemachte Anfechtungsgrund nicht durchgreift. Daher ist auch die Abweisung der Wiederaufnahmeklage als unbegründet hierher zu rechnen. Die Entscheidung ergeht regelmäßig als Endentscheidung. Nur bei Unzulässigkeit des Einspruchs gegen ein Versäumniszwischenurteil erfolgt sie durch ein Zwischenurteil. Bei einer unselbständig anfechtbaren Wiedereinsetzungsentscheidung wird regelmäßig nicht nur das Wiedereinsetzungs-Anfechtungsverfahren, sondern das gesamte Anfechtungsverfahren unzulässig sein. Die Beendigung des Verfahrens erfolgt dann durch Verwerfung des gegen die Hauptentscheidung gerichteten Anfechtungsmittel.

Bei zulässigem Wiedereinsetzungs-Anfechtungsverfahren kann die Wiedereinsetzungsentscheidung auf Ablehnung des Antrags oder Erteilung der Wiedereinsetzung oder ohne Ablehnung oder Erteilung auf Aufhebung der Wiedereinsetzungsentscheidung und Zurückverweisung in die Vorinstanz lauten.

Ist der Wiedereinsetzungsantrag abzuweisen, so hat in der Regel eine Wiedereinsetzungsentscheidung zu ergehen; und zwar stets dann, wenn dem Wiedereinsetzungsantrag in der angefochtenen Entscheidung stattgegeben war. Aber auch dann, wenn es sich um eine Bestätigung der früheren ablehnenden Entscheidung handelt, wird regelmäßig eine Wiedereinsetzungsentscheidung zu fällen sein, da es sich bei der Anfechtung, einerlei ob selbständigen oder unselbständigen, gerade um die Wiedereinsetzungsfrage handeln wird. Nur wenn die Wiedereinsetzung die Notfrist des § 466 betrifft, besteht die Möglichkeit, daß auf eine im früheren Verfahren erfolgte Ablehnung des Antrags in der Anfechtungsentscheidung nicht mehr zurückgekommen zu werden braucht.

Bei der Anfechtung einer im Anschlußverfahren erlassenen Entscheidung ist stets eine Endentscheidung zu treffen. Auch das Revisionsgericht kann diese Entscheidung selbst fällen, da die Voraussetzungen des § 565 Abs. 3 Nr. 1 erfüllt sind. Wie die Formel der Entscheidung zu lauten hat, ist verschieden, je nachdem ob die angefochtene Entscheidung die Wiedereinsetzung erteilt hat oder nicht. Hat sie bereits den Wiedereinsetzungsantrag abgewiesen,

so ist im Berufungs-, Revisions- und Beschwerdeverfahren die Anfechtung zurückzuweisen, im Einspruchsverfahren die angefochtene Entscheidung aufrecht zu halten und im Wiederaufnahmeverfahren auf Bestätigung [114]) oder Aufrechterhaltung [115]) der früheren Entscheidung zu erkennen. War durch die angefochtene Entscheidung dem Wiedereinsetzungsantrag stattgegeben worden, so wird sie aufgehoben und der Antrag auf Wiedereinsetzung abgewiesen. Die Kosten der Anfechtung trägt derjenige, der den Antrag auf Wiedereinsetzung gestellt hat; denn er ist unterliegende Partei (§ 91). Es gelten aber auch hier die allgemeinen Ausnahmen der §§ 97 Abs. 2 u. 3, 344.

Handelt es sich um ein Wiedereinsetzungsverfahren gegen eine im Hauptverfahren ergangene Entscheidung, so hat die den Wiedereinsetzungsantrag abweisende Entscheidung regelmäßig in den Gründen der Entscheidung zu ergehen; denn bei Abweisung des Wiedereinsetzungsantrags ist regelmäßig der Rechtsstreit infolge der nun nicht mehr beseitbaren Fristversäumung endentscheidungsreif. Nur dann, wenn es sich um eine Versäumung der Notfrist des § 466 handelt, besteht die Möglichkeit, die Entscheidung auch durch ein Zwischenurteil zu erlassen, denn hier kann der Prozeß, falls der Eid durch Beweisbeschluß auferlegt worden ist, trotz Erledigung des Wiedereinsetzungsverfahrens noch nicht endentscheidungsreif sein. Die Kosten der Wiedereinsetzung trägt der Antragsteller, falls er im Hauptverfahren unterliegt, auf Grund des § 91, falls er hier obsiegt, was nur bei Versäumung der Notfrist des § 466 möglich ist, auf Grund des § 238 Abs. 3.

Ist die Wiedereinsetzung zu erteilen, so ist auch hier, falls anders wie früher entschieden werden soll, stets eine Wiedereinsetzungsentscheidung zu erlassen. Bei Bestätigung der früheren Entscheidung können gerade hier im besonderen Maße die oben [116]) aufgeführten Gründe eine Wiedereinsetzungsentscheidung überflüssig machen.

Soll die Wiedereinsetzung erteilt werden, so besteht kaum ein Zweifel, daß das Anfechtungsgericht im Berufungs-, Beschwerde-, Wiederaufnahme- und Einspruchsverfahren die Wiedereinsetzung selbst erteilen kann. Im Revisionsverfahren ist dagegen nichts einzuwenden, daß das Revisionsgericht die Wiedereinsetzungsentscheidung

[114]) Baumbach § 590 A. 1 C.
[115]) Stein Jonas § 590 A. IV.
[116]) s. S. 50 ff.

der Vorinstanz bestätigt, indem es diese Entscheidung ausdrücklich nicht aufhebt. Wohl aber ist die Frage sehr streitig, ob das Revisionsgericht eine Wiedereinsetzungsentscheidung aufheben und dann selbst reformatorisch über die Wiedereinsetzungsfrage erkennen kann. Nach der herrschenden Ansicht [117]) hat das Revisionsgericht diese Befugnis. Dem ist der VI. Zivilsenat des RG. in seinen Entscheidungen vom 15. 10. 1917 [118]) und 10. 2. 1919 [119]) entgegengetreten. Er erkennt sich diese Befugnis nicht zu und hat daher nach Aufhebung der Berufungsentscheidung nicht über die Wiedereinsetzung erkannt, sondern die Sache in die Vorinstanz auch zur Entscheidung über die Wiedereinsetzung zurückverwiesen. Die Beantwortung der Streitfrage hängt von der Auslegung des § 565 Abs. 3 Nr. 1 ab. Zur Endentscheidung reif ist die Sache, das ist der an das Revisionsgericht devolvierte Streitgegenstand, dann wenn über sie sofort, ohne daß es einer Zurückverweisung bedarf, entschieden werden kann. Streitgegenstand des Revisionsverfahrens ist der Antrag auf Wiedereinsetzung aber nur dann, wenn die angefochtene Entscheidung im Anschlußverfahren ergangen ist und nicht außer dem Antrag auf Wiedereinsetzung ein bedingter Streitgegenstand vorhanden ist; also z. B. dann, wenn zunächst die Berufung vom Berufungsgericht als unzulässig verworfen, darauf in einer weiteren Entscheidung der Wiedereinsetzungsantrag abgewiesen und nunmehr hiergegen erfolgreich Revision eingelegt worden ist. In diesem Fall hat das Revisionsgericht selbst die Wiedereinsetzung zu erteilen, da hierdurch die bei dem Revisionsgericht anhängige Streitsache voll erledigt wird. Wenn dagegen der Wiedereinsetzungsantrag nur einen Streitpunkt des Revisionsverfahrens darstellt, Streitgegenstand aber ein anderes Begehren ist, wie z. B. wenn in der Berufungsinstanz die Berufung unter Abweisung des Wiedereinsetzungsantrages als unzulässig verworfen worden ist, so darf das Revisionsgericht die Wiedereinsetzung nicht selbst erteilen; denn der Streitgegenstand — im Beispiel die Berufung — wird nie endentscheidungsreif sein. Hierzu würde nämlich bei der Berufung außer

[117]) RG. 12/375 ff.; RG. 70/127; RG. in Sorgel 21/190 = Recht 1920/1943; RG. in Soergel 22/203; Stein Jonas § 565 A. III 1; Baumbach § 565 A. 3 B; vergl. weiter Sydow Busch § 565 A. 7.

[118]) RG. in Recht 1917/2045 = Soergel Warn. 19/227 = Warn. Respr. 18/17.

[119]) RG. in Soergel 20/230.

der Entscheidungsreife der Zulässigkeits- auch die der Begründetheitsfrage gehören. Es ist daher hier unter Aufhebung des Berufungsurteils die Sache zurückzuverweisen, auch zur Entscheidung über die Wiedereinsetzungsfrage. In der im Recht 1920/1943 abgedruckten RG. Entscheidung wird am Schluß darauf hingewiesen, daß es bei den verschiedenen Lösungen der Frage mehr auf einen Unterschied in der Form als in der Sache hinauslaufe. Dem ist entgegenzuhalten, daß bei Erteilung der Wiedereinsetzung durch das Revisionsgericht dieser Streitpunkt endgültig erledigt wäre, bei einer Zurückverweisung aber vom Berufungsgericht, soweit dies im Wiedereinsetzungsverfahren überhaupt möglich ist, neue tatsächliche Feststellungen getroffen werden und demgemäß eine andere Entscheidung wie im Revisionsverfahren gefällt werden könnte. In der Praxis werden allerdings derartige Neufeststellungen kaum vorkommen, so daß der Ausspruch des RG. für den Regelfall der Praxis unbedingt zutrifft.

Handelt es sich um ein Anfechtungsverfahren, in dem Streitgegenstand nur der Wiedereinsetzungsantrag ist, also um ein Berufungs-, Revisions- oder Beschwerdeverfahren gegen eine im Anschlußverfahren ergangene Entscheidung, die den Antrag auf Wiedereinsetzung abgewiesen hat, so kann die Entscheidung nur durch eine Endentscheidung erfolgen. Hierdurch ist die Instanz erledigt. Das Hauptverfahren läuft nach Rechtskraft der Anfechtungsentscheidung in der früheren Instanz weiter. Nicht erforderlich ist, daß ausdrücklich in die frühere Instanz zur Verhandlung und Entscheidung der Hauptsache zurückverwiesen wird; denn das Hauptverfahren war überhaupt nicht devolviert. [120]) Ein etwa trotzdem erfolgter Ausspruch der Zurückverweisung in der Wiedereinsetzungsentscheidung hat also hier keine rechtliche Bedeutung. Die sonstigen Wiedereinsetzungs-Anfechtungsverfahren, also dann wenn neben dem Wiedereinsetzungsantrag noch ein bedingter Streitgegenstand vorhanden ist oder wenn sie sich gegen eine im Hauptverfahren erlassene Entscheidung richten, können bei Erteilung der Wiedereinsetzung, abgesehen von dem Verfahren in der Revisionsinstanz, durch eine Zwischenentscheidung beendet werden. Weiter kann der Ausspruch der Wiedereinsetzungserteilung in den Gründen der Endentscheidung erfolgen. Es sei noch darauf hingewiesen,

[120]) s. S. 40.

daß diese Endentscheidungen, wenn die Voraussetzungen der §§ 538, 539, 565 und 575 vorliegen, auch eine Zurückverweisung der Sache enthalten können, etwa wenn in der Berufungsinstanz der Einspruch gegen ein in erster Instanz erlassenes Versäumnisurteil unter Erteilung der Wiedereinsetzung für zulässig erklärt wird. (§ 538 Abs. 1 Nr. 1).

Durch die Erteilung der Wiedereinsetzung wird eine vorangehende Entscheidung, die die Prozeßhandlung wegen der Versäumung der Frist bereits als unzulässig verworfen hat, ohne weiteres wirkungslos. [121]) Einer besonderen Aufhebung der Entscheidung bedarf es nicht, wenn es sich auch aus praktischen Erwägungen empfehlen wird, in der Wiedereinsetzungsentscheidung auf diese Folge hinzuweisen. Die Kosten der Wiedereinsetzung trägt der Antragsteller, auch wenn er sonst obsiegt hat, es sei denn, daß sie durch einen unbegründeten Widerspruch des Gegners entstanden sind (§ 238 Abs. 3).

Schließlich bleiben nur noch diejenigen Fälle zu behandeln, in denen das Anfechtungsgericht die Entscheidung über die Wiedereinsetzung nicht selbst abgeben kann oder wenigstens nicht selbst abzugeben braucht, sondern zu diesem Zweck eine Zurückverweisung in die frühere Instanz aussprechen muß oder kann. Hierher gehört einmal der Fall, daß das Revisionsgericht mangels Entscheidungsreife des Streitgegenstandes im Revisionsverfahren trotz Entscheidungsreife der Wiedereinsetzungsfrage die reformatorische Entscheidung über die Wiedereinsetzung nicht selbst treffen kann, sondern die Sache einschließlich der Wiedereinsetzungsfrage an das Berufungsgericht zurückverweisen muß. [122]) Weiter hat das Revisionsgericht die Zurückverweisung auszusprechen, wenn die Wiedereinsetzungsfrage noch nicht entscheidungsreif ist, weil die der angefochtenen Entscheidung zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen von der Revision erfolgreich angegriffen worden sind. Es ist z. B. in der Berufungsinstanz eine Beweisurkunde rechtsirrtümlich deswegen nicht berücksichtigt worden, weil sie nicht dem Wiedereinsetzungsantrag beigefügt gewesen war. Dies hat zur

[121]) RG. 42/367 f.; RG. 108/383 f.; RG. 127/287 = JW. 1930/1491 Nr. 6; RG. in Recht 1922/226; RG. in JW. 1928/1297 Nr. 14; Rosenberg § 77 II 2b; SydowBusch § 238 A. 1; Warneyer § 237.

[122]) s. S. 53 u. 54.

Folge gehabt, daß bestimmte Tatsachen vom Berufungsgericht nicht als glaubhaft gemacht angesehen worden sind und daher der Wiedereinsetzungsantrag abgewiesen worden ist. Das Revisionsgericht muß hier zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverweisen. Schließlich bleibt noch der Fall zu erwähnen, daß eine im angefochtenen Urteil enthaltene Wiedereinsetzungsentscheidung durch Aufhebung des ganzen Urteils wegen Begründetheit der Revision aus einem nicht die Wiedereinsetzung betreffenden Grunde ohne Prüfung der Wiedereinsetzungsfrage mit aufgehoben und zurückverwiesen wird. Eine Zurückverweisung der Verhandlung und Entscheidung über die Wiedereinsetzungsfrage durch das Berufungs- und Beschwerdegericht spielt praktisch keine große Rolle. In Frage kommt hierbei die Zurückverweisungsbefugnis des Berufungsgerichts nach den §§ 538 Abs. 1 Nr. 5 und 539 und die im freien Ermessen stehende Zurückweisungsbefugnis des Beschwerdegerichts auf Grund des § 575.

§ 9. Schluß.

Abschließend sei noch kurz auf die Frage der Reformbedürftigkeit der Vorschriften der ZPO. über die Anfechtung einer Wiedereinsetzungsentscheidung eingegangen. In Betracht kommen hier nur die Vorschriften betreffend die Anfechtbarkeit; bei der sonstigen Regelung macht sich ein Bedürfnis nach einer Reform nicht bemerkbar.

Abgesehen von dem Antrag auf nachträgliche Abnahme des Eides dient die Prozeßhandlung, gegen deren Versäumung Wiedereinsetzung zulässig ist, stets der Einleitung eines Verfahrens. Ist die Prozeßhandlung verspätet vorgenommen worden und wird nun unter Erteilung der Wiedereinsetzung über die Hauptsache verhandelt und entschieden, so würde bei Aufhebung der Wiedereinsetzung durch das Anfechtungsgericht das ganze frühere Verfahren über die Hauptsache überflüssig werden, ein schwerer Verstoß gegen den wichtigen Grundsatz der Prozeßökonomie. Hier könnte einmal dadurch Abhilfe geschaffen werden, daß die Erteilung der Wiedereinsetzung für unanfechtbar erklärt würde. Dies würde aber eine offensichtliche Bevorzugung des Antragstellers sein, die allein auf Kosten des Antraggegners geht. Es muß diesem unbenommen bleiben, sich gegen ungerechtfertigte Restitutionen mit denselben Mitteln zu wehren, mit denen er sonst be-

lastende Entscheidungen bekämpfen kann.[123]) Prozeßökonomie in dieser Weise nur auf Kosten des Antraggegners zu treiben, befriedigt das Rechtsempfinden nicht.

Eine sehr diskutable Lösung wird von v. Kries[124]) gleich nach Inkrafttreten der ZPO. und von Strauß in der JW. 1930/3539 gebracht. Die Wiedereinsetzungsentscheidungen haben in allen Fällen durch Beschluß zu erfolgen; gegen diesen findet, wenn die Entscheidung in der Sache selbst durch Rechtsmittel anfechtbar ist, die sofortige Beschwerde statt. Hierdurch wird zwar die Benachteiligung des Antraggegners vermieden. Es entstehen aber an anderer Stelle unbefriedigende Ergebnisse. Läßt man das Hauptverfahren erst nach rechtskräftiger Erledigung des Wiedereinsetzungsverfahrens weiter laufen, so würde hierdurch unter Berücksichtigung, daß evtl. auch noch die weitere Beschwerde möglich ist, eine beträchtliche Verzögerung des Hauptverfahrens eintreten können, eine Folge, die nicht unbedenklich ist. Wird sofort in der Hauptsache weiter verhandelt, so würde der Zweck, eine Verletzung des Grundsatzes der Prozeßoekonomie zu vermeiden, nur zum Teil erreicht werden können, nämlich nur dann, wenn der Hauptprozeß über den Zeitpunkt der Erledigung des Wiedereinsetzungs-Anfechtungsverfahrens hinaus laufen würde. Die nach diesem Zeitpunkt aufgewendete Prozeßtätigkeit würde allerdings nach diesem Vorschlag, falls in höherer Instanz die Aufhebung der Wiedereinsetzungsentscheidung erfolgt, erspart werden. Es wäre infolge dieser Ersparungsmöglichkeit vielleicht auch noch die mit diesem Vorschlag verbundene Mehrbelastung des Gerichts und Verzögerung des Prozesses, dadurch daß stets eine besondere Wiedereinsetzungsentscheidung angefertigt werden muß, in Kauf zu nehmen, und weiter könnte man sich vielleicht auch damit abfinden, daß für die Wiedereinsetzungsfrage stets das Beschlußverfahren, also ein Verfahren, das in der Regel nur für minderwichtige Sachen am Platze ist, Anwendung zu finden hätte.

Mir erscheint aber ein anderer Vorschlag, der auf den Grund der Reformbedürftigkeit eingeht und hier den Hebel ansetzt, zweckmäßiger zu sein. Es sind überhaupt nicht die Vorschriften, die die Anfechtung der Wiedereinsetzungsentscheidung regeln, zu ändern, sondern die Vorschriften

---

[123]) So auch die Materialien S. 247 f.
[124]) Kries 382—387.

über die Wiedereinsetzungsgründe. Dieselbe Folge, die z. B. bei der Aufhebung der Erteilung der Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Berufungsfrist durch das Revisionsgericht entsteht, kann sich auch dadurch ergeben, daß das Revisionsgericht sonstwie die Berufung für unzulässig erklärt. Auch hier stellt sich das ganze Verfahren der Vorinstanz über die Begründetheit der Berufung als unzulässig heraus. Trotzdem wird hier in der Literatur nicht über die Unwirtschaftlichkeit des Verfahrens Klage geführt. Der Grund liegt darin, daß diese Fälle an Zahl so verschwindend gering sind, daß sie keine Beachtung finden, und dies hat wiederum seinen Grund darin, daß die gesetzlichen Vorschriften und ihre Auslegung durch die höheren Gerichte als gerecht empfunden werden und nicht den Widerstand der unteren Gerichte hervorrufen, wie es gerade bei der Wiedereinsetzung der Fall ist, wo immer wieder die Untergerichte gegen die nach ihrer Ansicht zu große Strenge der höheren Gerichte ankämpfen. Hier liegt der Grund, warum gerade in den Verfahren mit Wiedereinsetzungsanträgen häufiger Verletzungen des Grundsatzes der Prozeßökonomie vorkommen können. Nicht die Verfahrensvorschriften sind reformbedürftig — eine Aenderung hier würde nur halbe Arbeit bedeuten — sondern die Vorschriften über die Gründe der Wiedereinsetzung.

Dies ist auch der Standpunkt des durch das Reichsjustizministerium veröffentlichten Entwurfs einer Zivilprozeßordnung von 1931. Er hat die Vorschriften über die Anfechtung der Wiedereinsetzungsentscheidungen unberührt gelassen, jedoch anstelle des „unabwendbaren Zufalls" die „Anwendung aller ihr (der Partei) nach Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt" als Wiedereinsetzungsgrund eingesetzt (§ 187 Abs. 1 des Entwurfs) und damit ein Tatbestandsmerkmal geschaffen, das zum mindesten besser geeignet ist als das der ZPO. eine einheitliche auch von den Untergerichten als richtig anerkannte Rechtsprechung und hierdurch eine Herabminderung der Gefahr unwirtschaftlicher Prozesse herbeizuführen.

Lebenslauf.

Am 5. August 1906 wurde ich in Köln-Deutz als Sohn des Reichsbankbeamten Karl Dunkelmann und seiner Ehefrau Helene geb. Schütt geboren. Ich bebesuchte ab Ostern 1913 die Volksschule in Köln-Deutz und Essen, darauf ab Ostern 1917 die Krupp-Oberrealschule in Essen und von Quarta an das Realgymnasium in Schwerin i. M. Ostern 1926 bestand ich hier die Reifeprüfung und studierte dann an den Universitäten Leipzig, Berlin und Rostock Rechtswissenschaft. Am 31. 10. 29. bestand ich in Rostock die erste juristische Staatsprüfung. Seit 1. 12. 29. bin ich in Mecklenburg-Schwerin im juristischen Vorbereitungsdienst tätig.